

VERTRAGSSTRAFE UND SCHADENSPAUSCHALIERUNG

IM SPANISCHEN RECHT

- DIE "CLAUSULA PENAL" UND IHRE BERÜCKSICH-

TIGUNG IM RAHMEN DES DEUTSCHEN AGB-GESETZES

Wolfgang SACHER

1981

VERTRAGSSTRAFE UND SCHADENSPAUSCHALIERUNG

IM SPANISCHEN RECHT

- DIE "CLAUSULA PENAL" UND IHRE BERÜCKSICH-
TIGUNG IM RAHMEN DES DEUTSCHEN AGB-GESETZES

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu
München

vorgelegt

von

Wolfgang S A C H E R

München

1981



Referent: Professor Dr. Erik Jayme
Korreferent: Professor Dr. Werner Lorenz

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Dezember 1981

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

I. Einleitung

1. Die Aufgabe

2. Die Bedeutung

3. Die Aufgabenstellung

II. Die Aufgabenstellung und die Aufgabenstellung

1. Die Aufgabenstellung

a) Die Aufgabenstellung

b) Die Aufgabenstellung

c) Die Aufgabenstellung

III. Die Aufgabenstellung und die Aufgabenstellung

a) Die Aufgabenstellung

b) Die Aufgabenstellung

c) Die Aufgabenstellung

d) Die Aufgabenstellung

IV. Die Aufgabenstellung und die Aufgabenstellung

a) Die Aufgabenstellung

b) Die Aufgabenstellung

c) Die Aufgabenstellung

d) Die Aufgabenstellung

V. Die Aufgabenstellung und die Aufgabenstellung

1. Die Aufgabenstellung

2. Die Aufgabenstellung und die Aufgabenstellung

a) Die Aufgabenstellung

b) Die Aufgabenstellung

c) Die Aufgabenstellung

d) Die Aufgabenstellung

für den F.B.

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
I. <u>Einleitung</u>	1
1. Das Problem	1
2. Fragestellung	11
3. Gang der Untersuchung	15
II. <u>Die Rechtsfigur der cláusula penal im System des spanischen Zivilrechts</u>	17
1. Gesetzliche Grundlagen	17
a) Der Código Civil von 1889	17
b) Die Compilación Foral de Navarra	19
c) Der Código de Comercio	22
2. Der Begriff der cláusula penal in Lehre und Rechtsprechung	22
a) Definitionen	22
b) Elemente der cláusula penal	30
c) Besonderheiten	32
aa) Das Handelsgeschäft	32
bb) Das Recht von Navarra	34
3. Geschichtliche Grundlagen	35
a) Vorbemerkung	35
b) Der Entwurf von 1851	35
c) Die Autoren des 19. Jahrhunderts	41
d) Die "Siete Partidas"	42
e) Das römische Recht	44
III. <u>Die Rechtsnatur der cláusula penal im spanischen Recht</u>	46
1. Vorbemerkung	46
2. Abgrenzung zu verwandten Rechtsfiguren	46
a) arras	46
aa) arras confirmatorias	47
bb) arras penales	49
cc) arras penitenciales	49
dd) multa penitencial	52

b) obligación alternativa	53
c) obligación facultativa	53
d) obligación condicional	57
e) fianza impropia	60
f) pacto de interés	61
g) Verfallklausel	62
3. Funktionen der cláusula penal	63
a) Dualismus: poenale - liquidatorische Funktion	63
b) Der Code Napoléon	64
c) Die spanische Theorie	65
d) Zusammenfassung	70
IV. Der Schutz des Schuldners vor mißbräuchlichen cláusulas penales im spanischen Recht	71
1. Vorbemerkung	71
2. Die einzelnen Instrumente	71
a) Restriktive Auslegung	71
b) Verschulden oder Zurechenbarkeit ("imputabilidad")	73
c) Die Herabsetzung durch den Richter	74
aa) Der Código Civil	74
bb) Sonderfall: Das Recht von Navarra	76
cc) Handelsrechtliche Verträge	77
d) Nichtigkeit der cláusula penal	78
3. Cláusulas penales und verwandte Rechtsfiguren in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	80
a) AGB im spanischen Recht	80
b) Der Schutz der schwächeren Vertragspartei	83
c) Zusammenfassung	89
V. Deutsches materielles Recht	91
1. Vorbemerkung	91

2. Vertragsstrafen und Schadenspauschalen im deutschen Recht	91
a) Vertragsstrafen	91
aa) Definition	91
bb) Merkmale	92
cc) Funktion	95
b) Schadenspauschalen	96
c) Ähnliche Rechtsfiguren	101
aa) Das "selbständige Strafgedinge"	101
bb) Verfallklauseln	103
cc) Reugeld	103
3. Pauschalierter Schadensersatz und Vertrags- strafen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	105
a) Rechtszustand vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes	105
b) Nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes	106
aa) Schadenspauschalierungen	106
bb) Vertragsstrafen	108
cc) Nutzungs- bzw. Aufwendungsersatz	109
c) Geltung des AGB-Gesetzes im kaufmänni- schen Handelsverkehr	110
VI. Strafklauseln und Schadenspauschalierungen im deutsch-spanischen Rechtsverkehr	112
1. Mögliche Konstellationen	112
a) Ausdrückliche Rechtswahl	
aa) Deutsches Recht vereinbart	112
bb) Spanisches Recht vereinbart	114
b) Keine ausdrückliche Rechtswahl	116
c) Rückverweisung	118
d) Sonderfall: Rechts"wahl" durch AGB	120
e) Zusammenfassung	122
2. Weitere Voraussetzungen des § 12 AGB-Gesetzes	122
a) Willenserklärung im Inland	122
b) Wohnsitz oder ständiger Aufenthalt im Inland	123
c) Angebot oder Werbung im Inland	123

	Seite
3. Anwendbarkeit im kaufmännischen Handelsverkehr	124
VII. Die "Berücksichtigung" der Vorschriften des AGB-Gesetzes	126
1. Überblick	126
2. Qualifikation	127
a) Vorhandene Kategorien	127
b) pena cumulativa	128
c) pena sustitutiva	129
d) Mischformen: Reugeld und Verfallklauseln	130
e) Die jeweiligen Entsprechungen	131
3. Der Vergleich	
a) Äquivalenter Schutz - vorhanden?	135
b) pena cumulativa	135
aa) nach spanischem Recht	135
bb) nach deutschem Recht	137
c) pena sustitutiva	137
aa) nach spanischem Recht	137
bb) nach deutschem Recht	138
d) multa penitencial	139
e) Verfallklauseln	140
aa) nach spanischem Recht	140
bb) nach deutschem Recht	141
4. Äquivalenz	141
a) Gleichheit oder Gleichwertigkeit?	141
b) Abstrakte Gleichwertigkeit	142
c) Herstellung gleichwertigen Schutzes in concreto	143
5. Zwischenergebnis	152
6. Die Anpassung	154
VIII. Zusammenfassung und Ausblick	156
1. Die cláusula penal im spanischen Zivilrechtssystem	156

	Seite
2. Die Technik der Berücksichtigung	157
3. Kritik	158

LITERATURVERZEICHNIS

- Albaladejo, Manuel Derecho civil, 2. + 3. Aufl. Barcelona
1974 - 1975
- Allgemeines Landrecht für
die Preußischen Staaten von Textausgabe Frankfurt, Berlin 1970
1794
- Angulo Rodriguez, Miguel El derecho extranjero y su tratamiento
procesal en Espana, Libro homenaje
al professor Sela Sampil, Estudios de
derecho International publico y privado
II, Oviedo 1970, 567.
- Arrazola, Lorenzo Enciclopedia española de derecho y ad-
ministración o nuevo teatro Universal de
la legislación de Espana e Indias, Ma-
drid 1856.
- Bayer, Wolfgang Rechtstraditionen auf dem Immobilien-
markt Andalusiens, Diss. Tübingen 1975.
- Belke, Rolf Schadenspauschalierung in Allgemeinen
Geschäftsbedingungen, DB 1969, 559.
- Bendref, Bernd Vereinbarung neutralen Rechts in inter-
nationalen Verträgen, RiW 1980, 386.
- Beuthien, Volker Pauschalierter Schadensersatz als Ver-
tragsstrafe, Festschrift Larenz München
1973, 495.
- Bockelberg, Joachim v. Der Verbraucher-Ombudsmann im schwedi-
schen und norwegischen Recht, Diss. Mün-
ster 1976.
- Bonet Ramón, Francisco Código civil com entado, 2. Aufl. Madrid
1964
- Bötticher, Eduard Wesen und Arten der Vertragsstrafe so-
wie deren Kontrolle, ZfA 1970, 1
- Broseta Pont, Manuel Manual de derecho mercantil, Madrid
1974
- Bundesgesetz über das IPR, Gesetzentwurf der Expertenkommission und
Begleitbericht von Dr. Frank Vischer und
Dr. Paul Volker, Zürich 1978

- | | |
|---|---|
| Castán Tobeñas, José | Derecho civil español, común y foral
Bd.III, 14.Aufl., Madrid 1974 |
| Clavería Gosálvez, Luis Humberto | La predisposición del contenido
contractual, R.D.P. 1979, 667 |
| Cosack, Konrad u. Heinrich Mitteis | Lehrbuch des deutschen bürgerli-
chen Rechts, 7./8.Aufl., Jena 1924-27 |
| Cossio y Corral, Alfonso de | El dolo en el derecho civil, Madrid
1955 |
| David, René u. Günther Grasmann | Einführung in die großen Rechtssyste-
me der Gegenwart, München, Berlin 1966 |
| Diego y Guitiérrez, Felipe Clemente de | Instituciones de derecho civil
español, Bd.II, Madrid 1959 |
| Díez Picazo, Luis | Lecciones de derecho civil, Bd.II, Ma-
drid 1965 |
| Drobnig, Ulrich | AGB im internationalen Handelsverkehr,
Festschrift für Mann, München 1977, 591 |
| Ehrenzweig, Albert A. | Adhesion contracts in the conflict of
laws, Columbia Law Review 1953, 1072 |
| Endemann, Friedrich | Römisches Privatrecht, Berlin, Leipzig
1925 |
| Enneccerus, Ludwig
Theodor Kipp u.
Martin Wolff | Tratado de derecho civil. 3.Aufl. Bar-
celona 1981 |
| Espín Cánovas, Diego E. | La cláusula penal en el derecho privado,
R.D.P. 1946, 145 |
| Esser, Josef u. Eike Schmidt | Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5.Aufl.,
Karlsruhe 1975/76 |
| <u>Frank</u> , Reiner u. <u>Horst S. Werner</u> | Die Pauschalierung von Schadensersatz-
ansprüchen nach dem AGB-Gesetz, DB 1977,
2171 |
| Gamillscheg, Franz | Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßli-
cher Parteiwille im internationalen
Vertragsrecht, AcP 157 (1958/59), 313 |

- García Amigo, Manuel La ley alemana occidental sobre condiciones generales, R.D.P. 1978, 384
- García Goyena, Florencio y Joaquín Aguirre Febrero reformado o librería de Jueces, Abogados y Escribanos, Bd.II, Madrid 1852
- García Goyena, Florencio Concordancias, motivos y comentarios del Código civil Español, Madrid 1852
- García-Granero Fernández, Aizpún Tuero, López Jacoiste, Santamaría Ansa, Nagore Yáñez, D'Ors Pérez-Peix, Arregui Gil y Salinas Quijada, Derecho Foral de Navarra, Derecho Privado (Recopilación Privada), Pamplona, 1971
- Garrigues, Joaquín Tratado de derecho mercantil, Madrid 1964
- Giuliano, Mario u. Paul Lagarde Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, Amtsblatt der EG, C 282 v. 31.10.1980, 26
- Gomez Calero, Juan Contratos mercantiles con cláusula penal, Madrid 1980
- Gomez de la Serna, Pedro u. Juan Manuel Montalban Elementos de derecho civil y penal de España, 11. Aufl. Madrid 1874
- Graue, Eugen Dietrich Rück- und Weiterverweisung im internationalen Vertragsrecht, AWD 1968, 121
- Hartwig, Oskar Der Renvoi im deutschen Internationalen Vertragsrecht, Frankfurt/Berlin 1967
- Heck, Philipp v. Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
- Hepting, Reinhard Die ADSP im internationalen Speditionsverkehr, RiW 1975, 457
- Hernández-Tejero, Jorge Lecciones de derecho romano, Madrid 1972
- Hippel, Eike v. Der Schutz des Verbrauchers vor unlauteren AGB in den EG-Staaten, RabelsZ 41 (1977), 237
- Hoffmann, Bernd v. Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen, RabelsZ 38 (1974), 396

- Hollinger, Hugo Die gerichtliche Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Deutschland und Italien, Diss.Mainz 1969
- Hübner, Ulrich Allgemeine Geschäftsbedingungen und Internationales Privatrecht, NJW 1980, 2601
- Jayme, Erik Allgemeine Geschäftsbedingungen und internationales Privatrecht, ZHR 142 (1978) 105
- Jayme, Erik Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen, Gedächtnisschrift Ehrenzweig, Heidelberg, Karlsruhe 1976, 37
- Jayme, Erik Kollisionsrecht und Bankgeschäfte mit Auslandsberührung, Berlin 1977
- Jayme, Erik Rechtsvergleichung im IPR, Festschrift für Schwind, Wien 1978, 103
- Jayme, Erik u.Rainer Hausmann Internationales Privat- und Verfahrensrecht, München 1978 (zit. Jayme/Hausmann)
- Jayme, Erik u.Wolfgang Sacher Neuere Entwicklungen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Spanien, RiW 1981, 597
- Karakostas, Jannis Allgemeine Geschäftsbedingungen in "internationalen" deutsch-griechischen Kauf- und Lieferverträgen, Diss.Regensburg 1973
- Kaser, Max Das römische Privatrecht, Bd.2, München 1959
- Kausche, Wolfram G. Allgemeine Geschäftsbedingungen im skandinavischen Recht, Diss.Kiel 1971
- Kegel, Gerhard Internationales Privatrecht. 4.Aufl., München 1977
- Kegel, Gerhard Die selbstgerechte Sachnorm, Festschrift Ehrenzweig, Karlsruhe, Heidelberg 1976
- Knütel, Rolf Stipulatio poenae, Studien zur römischen Vertragsstrafe, Köln 1976

- Knütel, Rolf Verfallsvereinigung, nachträglicher Verfall und Unmöglichkeit bei der Vertragsstrafe, AcP 175 (1975), 44
- Koch, Eckart u. Jürgen Stübing Allgemeine Geschäftsbedingungen, Kommentar, Neuwied/Darmstadt 1977
- Kötz, Heinz Zur Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln, NJW 1979/785 ff. 788
- Kropholler, Jan Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei, RabelsZ 42 (1978), 634
- Kulich, Rolf Geschäftsbedingungen für den Verkauf neuer und gebrauchter Kraftfahrzeuge, DB 1967, 456
- Lagarde, Paul Le "dépeçage" dans le droit international privé des contrats, Riv. di diritto internazionale privato e processuale, 1975, 649
- Larenz, Karl Schuldrecht, Allg. Teil, 11. Aufl. München 1976
- Lecturas sobre la constitución española hrsg. v. Fernández Rodríguez, Facultad de Derecho UNED, 2. Aufl. Madrid 1979
- Lindacher, Walter F. Phänomenologie der Vertragsstrafe, Frankfurt 1972
- Lobato de Blas, Jesus Maria La cláusula penal en el derecho español, Pamplona 1974
- Löwe, Walter Der Schutz des Verbrauchers vor AGB - eine Aufgabe für den Gesetzgeber, Festschrift für Larenz, München 1973, 373
- López, Gregorio Las VII Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el Nono, glosadas por el Licenciado Gregorio López, Madrid 1789
- Makarov, Alexander N. Quellen des Internationalen Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1978
- Manresa y Navarro, José Maria Comentarios al Código Civil Español, Bd. X, Madrid 1950

Mazzoni, Cosimo Marco	Contratti di massa e controlli nel diritto privato, Neapel 1975
Motive	zu dem Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Berlin, Leipzig 1888
Mozos, José Luis de los	El principio de la buena fe, Barcelona 1965
Mucius Scaevola, Quintus (Pseudonym)	Código civil, Madrid 1902
Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, München 1978 ff. (zit. Bearb. - MüKo)	
Neuhaus, Paul Heinrich	Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2.Aufl., Tübingen 1976
Neumayer, Karl.H.	Das niederländische Recht in der Abwehr des Mißbrauchs Allgemeiner Geschäftsbedingungen, RabelsZ 37 (1973), 719
Nörenberg, Helmut	Internationale Verträge und Allgemeine Geschäftsbedingungen, NJW 1978, 1082
Palandt,	Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar, 39. u. 40.Aufl., München 1980 u.1981 (zit.Palandt - Bearb.)
Peuster, Witold	Das spanische Zivilgesetzbuch, Köln 1979
Posch, Martin	Allgemeine Bedingungen und Vertragsformulare im ZGB, NJ 1975, 479
Pothier, Robert Joseph	Traité des obligations, Paris 1768
Pound, Roscoe	Introduction to the philosophy of law, New Haven, 1953
Puente Egido, José	Derecho internacional privado español, Barcelona 1981
Puig Brutau, José	La jurisprudencia como fuente de derecho, Barcelona 1951
Puig Peña, Federico	Tratado de Derecho civil español, Madrid 1947 - 1957

- Raiser, Gottfried Die gerichtliche Kontrolle allgemeiner Formularbedingungen im amerikanischen Recht, Karlsruhe 1966
- Rauchhaupt, Friedrich Wilhelm Geschichte der spanischen Gesetzesquellen, Heidelberg 1923
- Reichert-Facilides, Fritz Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf das deutsche internationale Versicherungsvertragsrecht, VersR 78, 481
- Reithmann, Christoph Internationales Vertragsrecht, 3.Aufl. Köln 1980
- Roca Sastre, Ramon Maria u. José Puig Brutau Estudios de derecho privado, Madrid 1948
- Ruiz Vadillo, Enrique Algunas consideraciones sobre la cláusula penal, R.D.P. 1975, 374
- Ruiz Vadillo, Enrique Introduccion al estudio teorico-pratico del derecho civil, 8.Aufl. Bilbao 1975/76 (zit.: Ruiz [Lehrbuch7])
- Sala, Juan Instituciones romano-hispanae ad usum Tironum Hispanorum ordinatae, Madrid 1830
- Schmidt-Salzer, Joachim Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2.Aufl. München 1977
- Schmitz, Gabriele Haftungsausschlussklauseln in AGB nach englischem und internationalen Privatrecht, Berlin 1977
- Schlosser, Peter, Dagmar Coester-Waltjen u. Hans Ulrich Graba Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bielefeld 1977
- Schröder, Georg Contrat d'adhesion und der Schutz des Adhärennten vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen im französischen und deutschen Recht, Diss.Göttingen 1967
- Schütze, Rolf A. AGB bei Auslandsgeschäften, DB 78, 2301
- Schwander, Ivo Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht, Zürich 1975

- Schwind, Fritz v. Römisches Recht, Wien 1950
- Sonnenberger, Hans-Jürgen Bemerkungen zum IPR im AGB-Gesetz, Festschrift für Ferid, München 1978, 377
- Steindorff, Ernst Sachnormen im IPR, Frankfurt 1958
- Stoll, Hans Internationalprivatrechtliche Probleme bei Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Festschrift Beitzke, Berlin 1979, 759
- Thilmany, Jean Les clauses pénales en droit comparé, Rev.int.d.droit comparé, 1980, 17
- Ulmer, Peter, AGB-Gesetz, 3.Aufl., Köln 1978
Hans Erich Brandner u.
Horst Diether Hensen
- Vischer, Frank Die rechtsvergleichenden Tatbestände im IPR, Basel 1953
- Viso, Salvador del Lecciones elementales del derecho civil, Valencia, 1879
- Weiß, Egon Institutionen des römischen Privatrechts, 2.Aufl. Basel 1949
- Wengler, Wilhelm Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im IPR, ZfverglRW 54 (1941), 168
- Wengler, Wilhelm Internationales Privatrecht, RGRK-BGB, Bd.VI, Berlin, New York 1981
(zit.: "Wengler (RGRK)")
- Westphalen, Friedrich Graf v. Internationalprivatrechtliche Probleme und AGB-Gesetz, WPM 1978, 1310
- Zöllner, Richard Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Aufl. Köln 1979,
- Zugehör, Horst Pauschalierter Schadensersatz, NJW 1967, 1895

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch v. 1.6.1811 (Österreich)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
A.D.C.	Anuario de Derecho Civil
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB- Gesetz) v. 9.12.1976 BGBl.I/3317
AP (dt.)	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsge- richts
AP (span.)	Sentencias en Apelación de las Audien- cias Provinciales
Aranzadi Rep.Leg.	Aranzadi, Repertorio de Legislación
BAG	Bundesarbeitsgericht (auch: Entschei- dungen des Bundesarbeitsgerichts)
BB	Der Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896 RGBl.I/195
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil v. 27.7.1889 je nach Zusammenhang auch: Code Civil (Frankreich) oder Codice Civile (Italien)
C.Com.	Código de Comercio (Handelsgesetzbuch) v. 22.8.1885

./.

c.p.	cláusula penal
DB	Der Betrieb
DJT	Deutscher Juristentag
FRES	Entscheidungssammlung zum gesamten Bereich von Ehe und Familie
FVE	Sammlung fremdenverkehrsrechtlicher Entscheidungen
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 24.9.1980, BGBl.I/1761
HGB	Handelsgesetzbuch v. 10.5.1897 RGBl.I/219
IPRspr	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts
J.C.P.	Juris Classeur Periodique
L.A.U.	Ley de Arrendamientos Urbanos (Gesetz über städt.Wohnungsmietverhältnisse) v. 24.12.1964
L.E.C.	Ley de Enjuiciamiento Civil (Zivilprozeßordnung) vom 3.2.1881
LM	Lindenmaier-Möhring Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
L.R.Statutes	Law Report Statutes
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
öBGBl.	Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich
OR	Obligationenrecht (Schweiz) v.14.6.1881
RebelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel

RAG	Gesetz über die Anwendung des Rechts auf internationale zivil-, familien- und arbeitsrechtliche Beziehungen sowie auf internationale Wirtschaftsverträge - Rechtsanwendungsgesetz v. 5.12. 1975 GB1 I (DDR)/748
R.D.P.	Revista de Derecho Privado
Rev.int.de droit comparé	Revue internationale de droit comparé
Rev.Jur.de Cataluña	Revista Jurídica de Cataluña
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Riv.di diritto int. priv. e proc.	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RiW	Recht der Internationalen Wirtschaft
TS	Tribunal Supremo (auch: Entscheidungen des Tribunal Supremo) Die Entscheidungen sind (nach Datum) laufend veröffentlicht in: Jurisprudencia Civil, Colección completa de las Resoluciones Dictadas por el Tribunal Supremo und: Aranzadi, Repertorio cronológico de Jurisprudencia
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia (nat. Fernuniversität)
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung
WM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
WPM	Wertpapiermitteilungen, Teil IV, Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfverglRW	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

I. Einleitung

1) Das Problem

- a) Der Begriff des Verbraucherschutzes als ein Teilbereich des Schutzes des wirtschaftlich oder intellektuell Schwächeren vor dem ungehemmten Ausspielen wirtschaftlicher Macht hat sich in den letzten Jahren von einem allseits gern gebrauchten Schlagwort zu einem der zentralen Themen der rechtspolitischen Diskussion entwickelt. Dies gilt für das In- wie für das Ausland.¹⁾

- 1) Für die gesetzgeberischen Maßnahmen der letzten Jahre in den Nachbarländern mögen drei Beispiele dienen:

Österreich: Konsumentenschutzgesetz (Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden, öBGBI 1979/140)

Frankreich: Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services (J.C.P. 1978, III, 46698) und dazu Decret n° 78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services (J.C.P. 1978, III, 47152)

England: Unfair Contract Terms Act (ch.50), 1977, L.R.Stat.1977/1257

Der Schutz des Verbrauchers vor unlauteren AGB ist hierbei nur ein Teilbereich. Allerdings gibt es derzeit kaum ein anderes Thema, das in praktisch allen Rechtsordnungen - auch rechtsvergleichend - derart ausdauernd diskutiert wird. Aus der unübersehbaren Literatur seien hier nur einige Arbeiten, die ihrerseits ausführliche weiterführende Literaturhinweise enthalten, genannt:

Für den gesamten EG-Bereich: von Hippel, Der Schutz des Verbrauchers vor unlauteren AGB in den EG-Staaten, RabelsZ 41 (1977), 237 ff.;

Frankreich: Schröder, Contrat d'adhesion und der Schutz des Adhärenenten vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen im französischen und deutschen Recht, Diss.Göttingen (1967); Italien: Mazzoni, Contratti di massa e controllati nel diritto privato, Neapel 1975; in deutscher Sprache: Hollinger, Die gerichtliche Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Deutschland und Italien, Diss.Mainz (1969); England: Schmitz, Haftungsausschlußklauseln in AGB nach englischem und internationalem Privatrecht, 1977; USA: Raiser, Die gerichtliche Kontrolle allgemeiner Formularbedingungen im amerikanischen Recht (1966); Niederlande: Neu-

In der Bundesrepublik dient eine Reihe von neuen Gesetzen bzw. Gesetzesänderungen der letzten Jahre, von denen beispielhaft nur das Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile ... vom 28.7.1969,²⁾ das Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht vom 24.8.1976,³⁾ das Reisevertragsgesetz 1979,⁴⁾ sowie die 2.Novelle zum Abzahlungsgesetz vom 15.5.1975⁵⁾ genannt seien, dem Bemühen, den Schutz des Schwächeren in der täglichen Praxis des Rechtslebens zu verwirklichen.⁶⁾ Diese Entwicklung kulminiert vorläufig in dem Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976,⁷⁾ das

Forts.Fn.1):

mayer, Das niederländische Recht in der Abwehr des Mißbrauchs allgemeiner Geschäftsbedingungen, RabelsZ 37 (1973), 719; Skandinavien: v.Bockelberg, Der Verbraucher-Ombudsmann im schwedischen und norwegischen Recht - Ein Vorbild für die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Diss. Münster, 1976; Kausche, Allgemeine Geschäftsbedingungen im skandinavischen Recht, Diss.Kiel (1971); Griechenland: Karakostas, Allgemeine Geschäftsbedingungen in "internationalen" deutsch-griechischen Kauf- und Lieferverträgen, Diss.Regensburg, 1973; DDR: Posch, Allgemeine Bedingungen und Vertragsformulare im ZGB, NJ 1975/479 (interessant als Vergleich der unterschiedlichen Zielsetzungen der Gesetzgeber in Ost und West).

- 2) BGBl.I, 986
- 3) BGBl.I, 2525
- 4) BGBl.I, 509
- 5) BGBl.I, 1169
- 6) Zu nennen sind weiter die ZPO-Novelle von 1974 (BGBl.I, 753, sog."Gerichtsstandsnovelle") und das Reisevertragsgesetz vom 4.5.1979 (BGBl.I, 509).
- 7) BGBl.I, 3317; im folgenden nur zitiert als "AGB-Gesetz".

den Versuch unternimmt, eine umfassende "schwarze Liste" von Klauseln aufzustellen, die von der Rechtsordnung zunächst noch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, deren Signalwirkung auf lange Sicht jedoch auch bei frei ausgehandelten Verträgen zu spüren sein wird, als Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung angesehen werden.⁸⁾ Die Signalwirkung auch auf andere Verträge ist jedoch bereits jetzt zu spüren und dürfte angesichts der Unsicherheit, die die weite Auslegung des Begriffs der AGB (§ 1 I 1) mit sich bringt, ständig wachsen.

- b) Das Internationale Privatrecht bleibt von dieser Entwicklung nicht unberührt.⁹⁾ Das AGB-Gesetz enthält eine eigene Vorschrift, die seinen "zwischenstaatlichen Geltungsbereich" festlegt¹⁰⁾ und gegenüber dem anwendbaren ausländischen Recht durchsetzt. Auch das bereits erwähnte Fernunterrichtsgesetz¹¹⁾ enthält eine dem

8) Löwe, einer der maßgebenden Initiatoren des Gesetzes (vgl. z.B. Löwe, Der Schutz des Verbrauchers vor AGB - eine Aufgabe für den Gesetzgeber, Festschrift für Larenz, 1973, S.373 ff.), spricht von einem "Gesetz zur Wiederherstellung des BGB" (Vorlesung an der Universität München, WS 1978/79).

9) Schon sehr früh hat Ehrenzweig verlangt, soweit es um Allgemeine Geschäftsbedingungen geht, im IPR vom Prinzip der Privatautonomie abzukommen, da es sich in einer weitgehend von Monopolen und Oligopolen beherrschten Wirtschaftsordnung oft nur zu leicht in das Gegenteil des Beabsichtigten verkehre (Columbia Law Review 1955/1072).

10) § 12 AGBG: Zwischenstaatlicher Geltungsbereich:

Unterliegt ein Vertrag ausländischem Recht oder dem Recht der Deutschen Demokratischen Republik, so sind die Vorschriften dieses Gesetzes gleichwohl zu berücksichtigen, wenn

1. der Vertrag auf Grund eines öffentlichen Angebots, einer öffentlichen Werbung oder einer ähnlichen im Geltungsbereich dieses Gesetzes entfalteten geschäftlichen Tätigkeit des Verwenders zustande kommt und
2. der andere Vertragsteil bei Abgabe seiner auf den Vertragsschluß gerichteten Erklärung seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat und seine Willenserklärung im Geltungsbereich dieses Gesetzes abgibt.

11) Oben Note 3

§ 12 AGB-Gesetz inhaltlich weitgehend gleiche Vorschrift.¹²⁾ In den Nachbarstaaten ist ebenfalls eine Abkehr von dem früher oft üblichen Schweigen des Gesetzgebers zu internationalrechtlichen Fragen bei der Regelung neuer Gesetzesmaterien festzustellen. So enthält das neue österreichische IPR-Gesetz vom 1.1.1978¹³⁾ eine eigene Kollisionsnorm für Verbraucherverträge,¹⁴⁾ die eine weitgehende Abkehr von einem der "klassischen" Grundsätze des IPR, nämlich der Parteiautonomie im Vertragsrecht,¹⁵⁾ darstellt. Auch in der Schweiz werden neue Wege beschritten:¹⁶⁾ Zwar wird die

12) § 11: Zwischenstaatlicher Geltungsbereich

Unterliegt ein Fernunterrichtsvertrag ausländischem Recht oder dem Recht der Deutschen Demokratischen Republik, so sind die §§ 2 bis 10 gleichwohl zu berücksichtigen, wenn

1. der Vertrag auf Grund eines öffentlichen Angebots, einer öffentlichen Werbung oder einer ähnlichen im Geltungsbereich dieses Gesetzes entfalteten Tätigkeit des Veranstalters zustande kommt und
2. der Teilnehmer bei Abgabe seiner auf den Vertragsschluß gerichteten Erklärung seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat und seine Willenserklärung im Geltungsbereich dieses Gesetzes abgibt.

Ähnlich auch § 98 II GWB und § 2 Nr.4, 11 Auslands-Investmentgesetz vom 28.7.1969 (BGBl.I, 986).

13) BGBl 1978/304

14) § 41

- (1) Verträge, bei denen das Recht des Staates, in dem eine Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, dieser als Verbraucher besonderen privatrechtlichen Schutz gewährt, sind nach diesem Recht zu beurteilen, wenn sie im Zusammenhang mit einer in diesem Staat entfalteten, auf die Schließung solcher Verträge gerichteten Tätigkeit des Unternehmers oder der von ihm hierfür verwendeten Personen zustandegekommen sind.
- (2) Soweit es sich um die zwingenden Bestimmungen dieses Rechts handelt, ist eine Rechtswahl zum Nachteil des Verbrauchers unbeachtlich.

15) Zum deutschen Recht siehe z.B. die umfangreiche Zusammenstellung der Rechtsprechung des BGH zur Parteiautonomie bei Reithmann(-Martiny), Internationales Vertragsrecht, 3.Aufl.1980, S.14 f (Rdn.6).

16) Vgl. dazu: Bundesgesetz über das IPR, Gesetzesentwurf der Expertenkommission und Begleitbericht von Dr.Frank Vischer und Dr.Paul Volker, Zürich 1978.

Parteiautonomie ausdrücklich als Prinzip obenan gestellt;¹⁷⁾ sie erfährt jedoch namentlich auf dem Gebiet des Verbrauchervertrages eine derart weitgehende Einschränkung durch einschlägige Sondervorschriften,¹⁸⁾ daß zumindest auf diesem Gebiet die Aufnahme des Grundsatzes der Parteiautonomie in das Gesetz nur noch als eine verbale Respektsbezeugung vor dem Hergebrachten erscheint.¹⁹⁾

- c) Nimmt man den Grundsatz der Parteiautonomie im internationalen Schuldvertragsrecht als fortgeltend hin oder geht man von anderen Anknüpfungsmerkmalen aus: die kollisionstechnisch zu lösende Frage läuft in beiden Fällen darauf hinaus, ein auf dem jeweiligen Vertrag anwendbares Recht, das "Schuldstatut" zu be-

17) Art.117

- (1) Der Vertrag untersteht dem Recht, das die Parteien wählen.

...

18) Art.117 (2)

Die Wahl ist nicht zulässig, wenn sich die Anwendung eines bestimmten Rechts wegen des besonderen Schutzbedürfnisses einer Partei aufdrängt.

Art.120

- (1) Wurde keine Rechtswahl getroffen, so untersteht der Vertrag dem Recht, mit dem er nach den gesamten Umständen am engsten zusammenhängt.
- (2) Der engste Zusammenhang kann namentlich durch die charakteristische Leistung, das besondere Schutzbedürfnis einer Partei oder die eindeutige örtliche Verknüpfung des Vertrages bestimmt sein.

Art.122

- (1) Wird der engste Zusammenhang durch das besondere Schutzbedürfnis einer Person bestimmt, wie insbesondere bei den in Abs.2 genannten Verträgen, so untersteht der Vertrag, wenn er die Partei zu einer Tätigkeit verpflichtet, dem Recht am Ort der Haupttätigkeit, in den anderen Fällen dem Recht an ihrem gewöhnlichen Aufenthalt.
- (2) Besonders schutzbedürftig ist in der Regel:
- a) bei Teilzahlungsverträgen der Käufer
 - b) bei Kleinkreditverträgen der Kreditnehmer
 - c) bei Bürgschaften im nicht kaufmännischen Verkehr der Bürge
 - d) bei Arbeitsverträgen der Arbeitnehmer.

19) Ähnlich z.B. Sec.27 Unfair Contract Terms Act (oben Note 1)

stimmen.²⁰⁾ Die Zielrichtung des Verbraucherschutzes im internationalrechtlichen Bereich geht nun dahin, jedenfalls bestimmte, für wesentlich erachtete Materien der "Bestimmung der Parteien" - und das heißt in der Regel eben der einseitigen Bestimmung durch eine Partei - zu entziehen. Dies kann methodisch auf verschiedene Weise geschehen. Zum einen kann die Bestimmung des Schuldstatuts überhaupt oder unter gewissen Voraussetzungen unabhängig vom Parteiwillen erfolgen und stattdessen eine Anknüpfung an andere Kriterien gefunden werden. Diesen Weg sind sowohl das neue österreichische Recht²¹⁾ wie der Schweizer Entwurf²²⁾ gegangen. Zum anderen kann man die Bestimmung des Schuldstatuts grundsätzlich den Parteien belassen, jedoch bestimmte Teilbereiche abtrennen und - neben dem oder innerhalb des fortgeltenden Schuldstatuts - einer gesonderten Behandlung unterwerfen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der - hergebrachten und recht häufigen - Methode, im Rahmen des ausländischen Schuldstatuts inländische zwingende Normen zur Anwendung zu bringen und der Berücksichtigung ausländischer zwingender Normen im Rahmen inländischen Schuldstatuts.²³⁾ Letztere Methode findet sich in Art.7 der EG-Konvention über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht²⁴⁾ vom 19.6.1980, die in absehbarer Zeit in Kraft treten wird.²⁵⁾ Technisch handelt es sich in beiden Fällen

20) Vgl. zur Problematik des Begriffs, Wengler (RGRK), § 20/K (S.579 ff.)

21) Oben Note 13 (§ 41)

22) Oben Note 14 (Art.117 II)

23) Z.B. im Rahmen von Sachnormen Generalklauseln, Steindorff, Sachnormen im IPR, Frankfurt 1958, 192 ff. und passim; siehe auch eingehend Jayme, Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen, Gedächtnisschrift Ehrenzweig.(1976), S.37 ff.

24) Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 266 v. 9.10.1980, vgl.auch unten Note 33

25) Die Konvention tritt in Kraft, nachdem sie von 7 Mitgliedsstaaten ratifiziert ist; Einzelheiten siehe Art.29 d.Konv.

um eine Sonderanknüpfung von Teilfragen,²⁶⁾ nämlich um die Sonderanknüpfung zwingenden Schuldrechts.²⁷⁾ Sie führt entweder zu einer "dépeçage",²⁸⁾ also einer Aufspaltung des Vertragsstatuts, oder zu einer Kumulation²⁹⁾ mehrerer Rechtsordnungen.

- d) Das deutsche AGB-Gesetz nun beansprucht bei bestimmten internationalen Sachverhalten Beachtung, ohne deshalb - von einem Ausnahmefall abgesehen³⁰⁾ - auf die Bestimmung des Schuldstatuts selbst Einfluß zu nehmen. Das Gesetz spricht vielmehr davon, daß seine Vorschriften zu "berücksichtigen" seien, wenn die in § 12 ABGB im einzelnen normierten Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen. Rechtstechnisch handelt es sich hierbei um eine Kombination der beiden "klassischen" Formen der Sonderanknüpfung, nämlich der vollen Durchsetzung inländischer Normen im Rahmen des ausländischen Vertragsstatuts einerseits, und der bloßen "Berücksichtigung" ausländischer zwingender Normen im Rahmen des inländischen Vertragsstatuts (vgl. dazu oben c)). Diese neue, vergleichsweise "weiche" Methode der bloßen "Berücksichtigung" inländischer zwingender Normen im Rahmen des ausländischen Vertragsstatuts geht auf Art.7 des Vorentwurfs der bereits genannten³¹⁾

26) Vgl. etwa im deutschen Recht Art.7 I, 11 EGBGB (Geschäftsfähigkeit, Form), Stellvertretung (Kegel, Lehrbuch, S.216 ff.)

27) Siehe dazu den schon beinahe legendären Aufsatz von Wengler, Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im IPR, ZfverglRW 54 (1941), 168

28) Vgl. eingehend Lagarde, Le "dépeçage" dans le droit international privé des contrats, Riv.di diritto internazionale privato e processuale, 1975, 649

29) Ein typischer Fall sind Formvorschriften; vgl. dazu Wengler (RGRK) § 20 b 2 (S.555)

30) § 10 Nr.8: Ist schon die Rechts"wahl" im AGB erfolgt, so wird bereits an dieser Stelle geprüft, ob hierfür ein anerkennenswertes Interesse besteht vgl. dazu unten VI 1 d.

31) Oben Note 24

EG-Konvention über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht³²⁾ zurück. Danach sollten, wenn der Vertrag zu einer anderen Rechtsordnung als dem Vertragsstatut "Verbindungen" aufweist, die zwingenden Normen dieser Rechtsordnung insoweit berücksichtigt werden, "als ihre Art und ihr besonderer Zweck diese Ausschließlichkeit rechtfertigen könnten".³³⁾ Das AGB-Gesetz beansprucht also auch in Fällen mit Aus-

32) Abgedruckt u.a. in Jayme/Hausmann, Nr.20 (S.41). Nach der amtlichen Begründung (BR-Drucksache 360/75, S.41) geht insbesondere § 12 AGB-G auf § 2 Nr.4 AuslInvG (oben Note 2) zurück. Rechtsvergleichend können als Vorbilder auch der noch nicht in Kraft getretene Benelux-Vertrag von 1969 zur Vereinheitlichung des internationalen Privatrechts (Art.13 II: "... Wenn der Vertrag eindeutig in einem ganz bestimmten Staat lokalisiert ist, dürfen die Bestimmungen des Rechts dieses Staates, deren besondere Natur und deren besonderer Zweck die Anwendung jedes anderen Rechts ausschließen, durch Vereinbarung der Parteien nicht abbedungen werden.") und das Haager Übereinkommen vom 14.3.1978 über das auf die Vertretung anwendbare Recht genannt werden. Letzteres bestimmt in Art. 16, daß bei der Anwendung des Rechts eines bestimmten Staates gemäß diesem Übereinkommen den zwingenden Bestimmungen jedes Staates, mit dem der Sachverhalt eine effektive Verbindung aufweist, Wirkung verliehen werden kann, wenn und soweit diese Bestimmungen nach dem Recht des letztgenannten Staates selbst dann anzuwenden sind, wenn auf den Vertrag ein fremdes Recht anwendbar wäre (vgl. Giuliano und Lagarde, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, Amtsblatt der EG, C 282 vom 31.10.1980, S.26 f.)

33) Die endgültige Fassung der Konvention (vgl. oben Note 24) spricht nun nicht mehr von "Berücksichtigung", sondern davon, daß den zwingenden Vorschriften der anderen Rechtsordnung "Wirkung verliehen" werden soll; eine mindestens genauso wenig hilfreiche Formulierung. Die Regelung erschien der mit der Redaktion beauftragten Gruppe so wenig geglückt, daß die ganze Vorschrift neu formuliert wurde. Sie lautet jetzt:

"Art.7:

- (1) Bei Anwendung des Rechts eines bestimmten Staates aufgrund dieses Übereinkommens kann den zwingenden Bestimmungen des Rechts eines anderen Staates, mit dem der Sachverhalt eine enge Verbindung aufweist, Wirkung verliehen werden, soweit diese Bestimmungen nach dem Recht des letztgenannten Staates ohne Rücksicht darauf anzuwenden sind, welchem Recht der Vertrag unterliegt. Bei der Entscheidung, ob diesen zwingenden Bestimmungen Wirkung zu verleihen ist, sind ihre Natur und ihr Gegenstand sowie die Folgen zu berücksichtigen, die sich aus ihrer Anwendung oder ihrer Nichtanwendung ergeben würden.
- (2) ..."

Auch dies wird jedoch nach Ansicht einiger Delegationen zu einer so großen Rechtsunsicherheit führen, daß gegen Art.7 I ein Vorbehalt eingelegt werden kann (Art.22 I, lit a); vgl. zum ganzen den Bericht von Giuliano und Lagarde (oben Note 32), S.28.

landsbezug, bei denen der Tatbestand des § 12 AGBG vorliegt, keine absolute Geltung. Wie weit der Geltungsanspruch jedoch geht, ist eine Frage der Auslegung³⁴⁾ des Wortes "berücksichtigen". Zentraler Begriff ist hierbei die Äquivalenz,³⁵⁾ also die Gleichwertigkeit des gewährten Schutzes. Diese ist naturgemäß im Wege eines Vergleichs des jeweiligen ausländischen mit dem deutschen Recht zu ermitteln, wobei es eine offene Frage ist, wie dieser Vergleich - abstrakt oder konkret - vorzunehmen ist. Die sich hierbei ergebenden Probleme sind, trotz ständig answellender Literatur,³⁶⁾ jedenfalls in ihren praktischen Auswirkungen weitgehend ungeklärt. Der zur Entscheidung im Einzelfall gezwungene Richter³⁷⁾ wird nämlich, nimmt er seine Aufgabe ernst, in keinem Fall an einer gründlichen Analyse der jeweils

-
- 34) Vgl. die antliche Begründung (oben Note 32), S.41: "Eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschriften wird wegen des dem anwendbaren ausländischen Recht zugrundeliegenden Systems häufig nicht möglich sein. Bietet das anwendbare Recht einen äquivalenten Schutz, ist dem Anliegen des § 12 Genüge getan. Fehlt ein äquivalenter Schutz, so sind die Vorschriften des AGB-Gesetzes in einer dem anwendbaren Recht angepaßten Weise anzuwenden."
- 35) Siehe dazu Jayme, unten Note 36, (S.119 ff.); ders., Rechtsvergleichung im IPR, Festschrift für Schwind, Wien 1978, S.103 ff.; Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände im IPR, Basel 1953.
- 36) Drobnig, AGB im internationalen Handelsverkehr, Festschrift für Mann (1977), S.591; Jayme, Allgemeine Geschäftsbedingungen und internationales Privatrecht, ZHR 142 (1978), S.105; Nörenberg, Internationale Verträge und Allgemeine Geschäftsbedingungen, NJW 1978/1082; Reichert-Facilides, Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf das deutsche internationale Versicherungsvertragsrecht, VersR 78/481; Schütze, AGB bei Auslandsgeschäften, DB 78/2301; Sonnenberger, Bemerkungen zum IPR im AGB-Gesetz, Festschrift für Ferid (1978), S.377; Stoll, Internationalprivatrechtliche Probleme bei Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Festschrift Beitzke (1979), S.759; v.Westphalen, Internationalprivatrechtliche Probleme und AGB-Gesetz, WPM 78/1310.
- 37) Der erwähnte Bericht von Giuliano und Lagarde (oben Note 32) spricht selbst von einer "sehr schwierigen Aufgabe", vor die der Richter gestellt sei (S.28).

in Rede stehenden fremden Rechtsordnung vorbeikommen, und zwar sowohl in ihrer Gesamtheit als auch in ihren, den speziellen Fall betreffenden Regelungen, die ohne diese Gesamtschau überhaupt nicht zu beurteilen sind.³⁸⁾ Führt die Äquivalenzprüfung zu dem Ergebnis, daß das AGB-Gesetz zu berücksichtigen ist, stellt sich die Frage der Anpassung³⁹⁾ seiner Normen an das ausländische Recht. Auch hier ist vieles ungeklärt. Es bleibt daher abzuwarten, inwieweit sich diese - aber auch manch andere⁴⁰⁾ - neue kollisionsrechtliche Technik in der täglichen Praxis der Gerichte bewähren wird: ein endgültiges Urteil wird erst nach Jahren intensiver, detaillierter und notwendigerweise jeweils sehr spezieller Untersuchungen möglich sein. Die vorliegende Arbeit will in einem begrenzten Ausschnitt - nämlich im Hinblick auf bestimmte Klauseln des spanischen Rechts - diese notwendige Kleinarbeit leisten, um für den behandelten Teilbereich eine Antwort auf die gestellte Frage zu finden, die vielleicht auch vorsichtige Schlüsse auf den Wert und die Brauchbarkeit der angesprochenen neuen kollisionsrechtlichen Techniken im allgemeinen zuläßt.

38) schon wegen der Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit der zur Verfügung stehenden Kontrollmechanismen. Ein lehrreiches Beispiel ist der dem Urteil des LG Zweibrücken vom 5.3.1974 (IPRspr.1974, Nr.148) zugrunde liegende Fall (Abschlußkontrolle von AGB nach italienischem Recht, Art. 1341, 1342 CC); vgl. dazu Jayme, oben Note 36, S.114.)

39) Zur Anpassung (Angleichung) als methodisches Problem vgl. Wengler (RGRK), § 8/d (S.142 ff. /147 f./7)

40) So die Technik der "selbstgerechten" Sachnorm, vgl. Kegel, Gedächtnisschrift Ehrenzweig (1976), S.52 ff.; Schwander, Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht, Zürich 1975, S.249.

2) Fragestellung

- a) Das deutsche AGB-Gesetz befaßt sich an drei Stellen mit Klauseln, die die Verwirkung von Vertragsstrafen vorsehen oder Schadens- bzw. Aufwendungsersatz pauschalisieren. § 11 Nr.5⁴¹⁾ AGB-Gesetz erklärt die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen mittels AGB im Verhältnis zum Verbraucher unter bestimmten, im einzelnen festgelegten Voraussetzungen für unwirksam; das gleiche bewirkt § 11 Nr.6 im Falle der Vertragsstrafe schlechthin.⁴²⁾ Hingegen besteht im Falle des Aufwendungsersatzes bzw. der Nutzungsvergütung zunächst die Differenzierungsmöglichkeit, die § 10 Nr.7 AGB-Gesetz dem Richter mit dem Kriterium der Angemessenheit zur

41) § 11:

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist unwirksam ...

5. (Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen)

die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz einer Wertminderung, wenn

- a) die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt, oder
- b) dem anderen Vertragsteil der Nachweis abgeschnitten wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale;

42) § 11:

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist unwirksam ...

6. (Vertragsstrafe)

eine Bestimmung, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs, oder für den Fall, daß der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird;

Verfügung stellt.⁴³⁾

Darüber hinaus kann auch im kaufmännischen Handelsverkehr bei der gemäß § 9⁴⁴⁾ iVm § 24 II AGB-Gesetz⁴⁵⁾ unter bestimmten Voraussetzungen weiterhin möglichen und gebotenen Inhaltskontrolle die Wirksamkeit derartiger Klauseln in Frage stehen, wobei im wesentlichen die schon bisher von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ihre

43) § 10:

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam ...

7. (Abwicklung von Verträgen)

eine Bestimmung, nach der der Verwender für den Fall, daß eine Vertragspartei vom Vertrage zurücktritt oder den Vertrag kündigt,

- a) eine unangemessen hohe Vergütung für die Nutzung oder den Gebrauch einer Sache oder eines Rechts oder für erbrachte Leistungen oder
- b) einen unangemessen hohen Ersatz von Aufwendungen verlangen kann;

44) § 9:

Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht vereinbar ist oder
2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

45) § 24:

Die Vorschriften der §§ 2, 10, 11 und 12 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen,

1. die gegenüber einem Kaufmann verwendet werden, wenn der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört;
2. ...

§ 9 ist in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit anzuwenden, als dies zur Unwirksamkeit von in den §§ 10 und 11 genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen.

Bedeutung behalten werden.⁴⁶⁾

- b) Im spanischen Rechtsleben sind Klauseln, die Vertragsstrafen festsetzen oder Schadensersatzansprüche von vornherein pauschalisieren, eine gängige Erscheinung und weithin verbreitet. Der Código Civil⁴⁷⁾ widmet ihnen eine eigene Sektion im Kapitel über die verschiedenen Arten der Schuldverhältnisse:

Sechster Abschnitt:

Von den Schuldverhältnissen mit Strafklausel

Art.1152

Bei Schuldverhältnissen mit Strafklausel tritt im Falle der Nichterfüllung die Strafe an die Stelle des Schadensersatzes und der Verzinsung, wenn nichts anderes vereinbart ist.

Die Strafe kann nur verlangt werden, wenn sie nach den Bestimmungen dieses Gesetzes verwirkt ist.

Art.1153

Der Schuldner kann sich nicht durch Zahlung der Strafe von seiner Pflicht zur Erfüllung der Verbindlichkeit befreien, es sei denn, dieses Recht ist ihm ausdrücklich vorbehalten worden. Ebenso wenig kann der Gläubiger sowohl die Erfüllung der Verbindlichkeit als auch die Zahlung der Strafe verlangen, wenn ihm diese Befugnis nicht eindeutig eingeräumt ist.

46) Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes sehr informativ Schmidt-Salzer, AGB 2.Aufl.1977, Rdz.125 (27 verschiedene Umschreibungen des nunmehr in § 9 I AGB-Gesetz niedergelegten Grundsatzes durch die Rechtsprechung)

47) im folgenden: "CC". Der Código Civil, das spanische Zivilgesetzbuch, trat am 27.7.1889 in Kraft; vgl. dazu näher unten II 1 a.

Art.1154

Der Richter setzt die Strafe in angemessener Weise herab, wenn die Hauptverbindlichkeit durch den Schuldner zum Teil oder mangelhaft erfüllt worden ist.

Art.1155

Die Nichtigkeit der Strafklausel hat nicht die Nichtigkeit der Hauptverbindlichkeit zur Folge.

Die Nichtigkeit der Hauptverbindlichkeit hat die Nichtigkeit der Strafklausel zur Folge.

Dementsprechend häufig kommen solche Klauseln im deutsch-spanischen Rechtsverkehr vor. Zur Verdeutlichung möge als Beispiel folgende Vertragsklausel dienen, die sich - mit unwesentlichen Abwandlungen - in vielen Kaufverträgen über Grundstücke oder Eigentumswohnungen in Spanien findet:

"Erfüllt der Käufer seine Zahlungs- oder sonstigen Verpflichtungen nicht oder erklärt er, daß er sich weigere, dies zu tun, so kann der Verkäufer 20 % des vereinbarten Gesamtpreises als Vertragsstrafe verlangen oder einen weitergehenden Schaden geltend machen, unbeschadet seines Rechts, auf der Vertragserfüllung zu bestehen oder vom Vertrag zurückzutreten."⁴⁸⁾

Eine andere typische und sehr häufige Klausel dieser Art lautet wie folgt:

"... Dieser Vertrag beinhaltet, daß im Falle einer Nichteinhaltung seitens des Käufers die Zahlungsraten, die dieser dem Verkäufer bereits geleistet hat, im Besitz des Verkäufers bleiben und zwar ohne Verpflichtung des letzteren, sie zurückzuzahlen und ohne die Einholung einer gerichtlichen Entscheidung, da sie in diesem Fall dem Verkäufer als Entschädigung zustehen."

⁴⁸⁾ Soweit nicht ausdrücklich etwas anderes erwähnt, stammen die Beispiele im folgenden aus Fällen, mit denen der Verfasser in der Praxis in Berührung kam.

Üblicherweise finden sich solche Klauseln in vorformulierten Vertragswerken oder in zum Bestandteil des Vertrages gemachten Allgemeinen Geschäftsbedingungen ("contratos de adhesión"), die häufig zusätzlich auch Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln enthalten.⁴⁹⁾

Die Frage, die im Verlauf der Arbeit untersucht werden soll, lautet daher, inwieweit im deutsch-spanischen Rechtsverkehr, sei es zwischen Kaufleuten und Privaten, sei es zwischen Kaufleuten untereinander, in AGB enthaltene Klauseln, die Pauschalierungen von Schadens- oder Aufwendungsersatz oder Vertragsstrafen oder diesen ähnliche Rechtsfiguren enthalten, im Hinblick auf die "Berücksichtigung" der Vorschriften des deutschen AGB-Gesetzes Wirksamkeit entfalten können. Ferner geht es um die Bewältigung des Nebeneinander zweier Rechtsordnungen, das eine Anpassung verlangt.

3) Gang der Untersuchung

Ausgangspunkt der Untersuchung ist eine Analyse der einschlägigen spanischen Sachnormen in ihrem Gesamtzusammenhang mit der Rechtsordnung, der sie angehören. Dabei wird insbesondere Gewicht auf die Ausgestaltung zu legen sein, die diese Normen durch Rechtsprechung und Praxis erhalten haben. Hingegen spielt die zivilrechtliche Aufsplitterung Spaniens in einzelne Foralrechtsgebiete⁵⁰⁾ für das vorliegende Thema nur insoweit eine Rolle, als einzig das Recht von Navarra eine vom gemeinspanischen Recht abweichende Regelung der

49) Zur Rechtswahl vgl. unten VI 1. Die Frage der Gerichtsstandsklauseln soll hier nicht untersucht werden; siehe dazu Jayme/Sacher, Neuere Entwicklungen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Spanien, RiW 1981/ 597 (601)

50) Zum Begriff der Foralrechte vgl. unten II 1 b und 3 b.

Vertragsstrafe kennt.⁵¹⁾ Im weiteren Verlauf ist dann im Wege des bereits angesprochenen "funktionellen Vergleichs" die Frage zu klären, ob die spanischen Rechtsinstitute den Klauseltypen des AGB-Ges. entsprechen und inwieweit die spanische Rechtsordnung in ihrer tatsächlichen Ausprägung dem Kunden des Verwenders von AGB einen dem AGB-Gesetz vergleichbaren Schutz gewährt. Dabei ist die Klärung einiger Fragen zur Methode des funktionellen Vergleichs unumgänglich. In den Fällen, in denen ein äquivalenter Schutz des deutschen Kunden durch die spanische Rechtsordnung nicht gegeben ist, bleibt schließlich zu untersuchen, inwieweit und in welcher Weise die "Berücksichtigung" der Vorschriften, die § 12 AGB-Gesetz verlangt, im Rahmen des fortgeltenden spanischen Schuldstatuts zu erfolgen hat. Dabei geht es um eine der Qualifikation verwandte Methode im Bereich der Sachnormen. Von daher sollen schließlich Schlüsse auf die Brauchbarkeit der kollisionsrechtlichen Methode der Berücksichtigung gezogen werden.

⁵¹⁾ Dazu näher unten II 1 b und 2 c

II. Die Rechtsfigur der cláusula penal im System des spanischen Zivilrechts

1) Gesetzliche Grundlagen

a) Der Código Civil von 1889

Der in Spanien heute geltende Código Civil vom 24.7.1889 ist die gesetzliche Grundlage der den hier behandelten Untersuchungsgegenstand regelnden Bestimmungen. Einschlägig sind die Artikel 1152 bis 1155:

Sección sexta. - De las obligaciones con cláusula penal

Art.1152

En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de danos y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.

Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código.

Deutsch:

Art.1152¹⁾

Bei Schuldverhältnissen mit Strafklausel tritt im Falle der Nichterfüllung die Strafe an die Stelle des Schadensersatzes und der Verzinsung, wenn nichts anderes vereinbart ist.

Die Strafe kann nur verlangt werden, wenn sie nach den Bestimmungen dieses Gesetzes verwirkt ist.

1) Alle Übersetzungen eigene, soweit nichts anderes erwähnt. Eine vollständige Übersetzung des Código Civil gibt Peuster, Das spanische Zivilgesetzbuch, Köln 1979 (Bundesstelle für Außenhandelsinformation)

Art.1153

El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada.

Deutsch:

Der Schuldner kann sich nicht durch Zahlung der Strafe von seiner Pflicht zur Erfüllung der Verbindlichkeit befreien, es sei denn, dieses Recht ist ihm ausdrücklich vorbehalten worden. Ebenso wenig kann der Gläubiger sowohl die Erfüllung der Verbindlichkeit als auch die Zahlung der Strafe verlangen, wenn ihm diese Befugnis nicht eindeutig eingeräumt worden ist.

Art.1154

El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.

Deutsch:

Der Richter setzt die Strafe in angemessener Weise herab, wenn die Hauptverbindlichkeit durch den Schuldner zum Teil oder mangelhaft erfüllt worden ist.

Art.1155

La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal.

La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal.

Deutsch:

Die Nichtigkeit der Strafklausel hat nicht die Nichtigkeit der Hauptverbindlichkeit zur Folge.

Die Nichtigkeit der Hauptverbindlichkeit hat die Nichtigkeit der Strafklausel zur Folge.

Daneben ist Art.1454 zu beachten, der sich zwar unter den speziellen Vorschriften über den Kaufvertrag findet, dem aber nichtsdestoweniger bei der Klärung des Begriffs der cláusula

penal eine wichtige Abgrenzungsfunktion zukommt:

Art.1454

Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor o devolverlas duplicadas.

Deutsch:

Sind bei einem Kaufvertrag "arras" oder "señal" vereinbart, so kann der Vertrag dadurch aufgelöst werden, daß entweder der Käufer anerkennt, sie zu verlieren, oder der Verkäufer, sie doppelt zurückzuzahlen.

b) Die Compilación Foral de Navarra

Neben dem gemeinspanischen Código Civil kommt als Rechtsquelle die Compilación Foral de Navarra in Betracht. Wie sich bereits aus dem Titel ergibt, handelt es sich bei ihr um eine Kompilation des im Foralrechtsgebiet Navarra²⁾ geltenden Partikularrechts, die durch Gesetz vom 1.3.1973³⁾ auch formell Gesetzeskraft erlangt hat. Ihr Anwendungsbereich wird durch die Art.13, 14 des Titulo Preliminar zum Código Civil⁴⁾ bestimmt:

Art.13⁵⁾

1. Die Bestimmungen dieses Einführungstitels, soweit sie die Wirkungen der Gesetze und die allgemeinen Regeln für ihre Anwendung festlegen, sowie die Be-

2) Dies ist das Gebiet des historischen Königreichs Navarra, heute die Provinz gleichen Namens (Hauptstadt: Pamplona) im Nordosten Spaniens; mit einer starken baskischen Minderheit, die den Anschluß an die autonome Region Baskenland fordert.

3) Aranzadi, Rep.Leg.1973/456 (S.662)

4) In der reformierten Fassung des Gesetzes vom 17.3.1973 und des Dekrets vom 31.5.1974

5) Übersetzt nach Peuster (oben Note 1), S.36 f.

stimmungen in Titel IV des ersten Buches, mit Ausnahme der Normen dieses letzten Titels, die sich auf den ehelichen Güterstand beziehen, finden in ganz Spanien allgemeine und unmittelbare Anwendung.

2. Im übrigen gilt das Zivilgesetzbuch bei voller Beachtung der Sonder- oder Foralrechte der Provinzen und Territorien, in denen sie gültig sind, bei ihnen allen als ergänzendes Recht hinsichtlich jeglicher Lücke in ihren Sondernormen.

Art.14

1. Die Unterstellung unter das gemeine bürgerliche Recht oder unter ein Sonder- oder Foralrecht bestimmt sich nach der bürgerlichrechtlichen Gebietszugehörigkeit ("vecindad civil").
2. Die bürgerlichrechtliche Gebietszugehörigkeit zum Territorium des gemeinen Rechts oder zu einem Territorium des Sonder- oder Foralrechts haben diejenigen, welche von Eltern geboren sind, die besagte Gebietszugehörigkeit besitzen; ist aber die bürgerlichrechtliche Gebietszugehörigkeit, die auf diese Weise erworben worden ist, nicht die des Geburtsortes, so können sie innerhalb des Jahres, das auf ihre Volljährigkeitserklärung folgt, vor dem Standesbeamten für diese optieren.
3. Die bürgerlichrechtliche Gebietszugehörigkeit wird erworben:
 - 1) durch andauernden Aufenthalt während zweier Jahre, sofern der Betreffende erklärt, daß dies sein Wille sei;
 - 2) durch zehnjährigen, andauernden Aufenthalt ohne gegenteilige Erklärung während dieser Frist. Beide Erklärungen werden in das Zivilregister aufgenommen und brauchen nicht wiederholt zu werden.
4. Die verheiratete Frau folgt der Einordnung des Mannes und die nicht für volljährig erklärten Kinder der ihres Vaters und, bei dessen Fehlen, der der Mutter.
5. In Zweifelsfällen geht die bürgerlichrechtliche Gebietszugehörigkeit zum Geburtsort vor.

Die einschlägige Vorschrift findet sich in der "Ley 518" des genannten Gesetzes; sie hat ihren Vorläufer in der "Ley 532"

der vor dem 1.3.1973 maßgebenden, offiziellen "Recopilación Privada del Derecho Foral de Navarra"⁶⁾ und lautet wie folgt:

Ley 518.

La estipulación de pagar una cantidad como pena por el incumplimiento de cumplir una prestación lícita obliga al promitente, y la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial. El deudor no quedará liberado de la obligación penal aunque concurra alguna causa que pudiera liberarle de la obligación principal. La obligación de pagar la pena, salvo pacto en contrario, no tiene carácter alternativo, sino subsidiario, y el acreedor podrá rechazar la falta de pago de la pena estipulada y exigir la indemnización que resulte debida por el incumplimiento de la obligación principal.

Cuando el acreedor acepte el cumplimiento de la obligación aunque éste sea parcial, se entenderá renunciada la estipulación penal, salvo que otra cosa se hubiere pactado. Cuando cobre la pena, y luego exija la indemnización por incumplimiento, la pena cobrada se deducirá de la indemnización que resulte deberse en virtud del contrato.

Deutsch:

Die Vereinbarung, einen Betrag als Strafe für die Nichterfüllung einer gesetzlich zulässigen Leistungspflicht zu zahlen, verpflichtet den Versprechenden, und die vereinbarte Strafe kann nicht nach richterlichem Ermessen herabgesetzt werden. Der Schuldner wird auch dann nicht von der Strafverpflichtung frei, wenn ein Ereignis eintritt, das ihn von der Pflicht zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit befreit. Die Verpflichtung, die Strafe zu zahlen, hat - vorbehaltlich einer gegenteiligen Vereinbarung - keinen alternativen, sondern subsidiären Charakter, und der Gläubiger kann das Anerbieten, die vereinbarte Strafe zu zahlen, zurückweisen und denjenigen Schadensersatz verlangen, der wegen der Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit geschuldet wird.

6) García-Granero Fernández, Aizpún Tuero, López Jacoiste, Santamaría Ansa, Nagore Yárnoz, D'Ors Pérez-Peix, Arregui Gil y Salinas Quijada, Derecho Foral de Navarra, Derecho Privado (Recopilación Privada), Pamplona, 1971

Nimmt der Gläubiger die - auch nur teilweise - Erfüllung der Haupt-verbindlichkeit an, wird vermutet, daß auf das Strafversprechen verzichtet wurde, wenn nicht etwas anderes vereinbart worden ist. Nimmt der Gläubiger die Strafe an und verlangt dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist die bezahlte Strafe von dem Schadensersatz, der sich kraft des Vertrages ergibt, abzuziehen.

c) Der Código de Comercio

Eine Sonderregelung für Handelsgeschäfte enthält schließlich Art.56 des Código de Comercio vom 22.8.1885,⁷⁾

Art.56

En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de Derecho o la pena prescrita; pero utilizando una de estas dos acciones, quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario.

Deutsch:

Bei einem handelsrechtlichen Vertrag, bei dem eine Entschädigungsstrafe gegen denjenigen festgesetzt ist, der es nicht erfüllt, kann der geschädigte Teil die Erfüllung des Vertrages mit den Mitteln des Rechts oder die vorgesehene Strafe verlangen; jedoch bringt die Benützung eines dieser beiden Behelfe den anderen zum Erlöschen, wenn nichts anderes vereinbart ist.

2) Der Begriff der cláusula penal in Lehre und Rechtsprechung

a) Definitionen

Anders als etwa im französischen Code Civil⁸⁾ wird man im spa-

7) das spanische Handelsgesetzbuch

8) Art.1226: La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.

nischen Código Civil eine Definition der Begriffe "cláusula penal", "arras" und "señal" vergeblich suchen. Diese Aufgabe blieb Lehre und Rechtsprechung überlassen, die dementsprechend eine Fülle von Abgrenzungen und Begriffsbestimmungen erarbeitet haben. Einige von ihnen seien daher an den Anfang gestellt, wobei von vornherein zu betonen ist, daß die meisten Autoren nicht den im Gesetz verwendeten Terminus "cláusula penal", also Strafklausel, verwenden (der ja impliziert, daß es sich lediglich um einen Teilaspekt eines im übrigen einen anderen Gegenstand betreffenden Vertrages handelt), sondern von "Vertragsstrafe" (pena convencional) sprechen, zuweilen auch den lateinischen Terminus "stipulatio poenae" verwenden, ohne daß diese Unterschiede immer klar herausgehoben sind.

Folgende Definitionen aus der spanischen Lehre seien zitiert:

Albaladejo:⁹⁾

"Vertragsstrafe heißt diejenige Leistung - im allgemeinen die Zahlung einer Geldsumme, die als Strafe verwendet wird -, die der Schuldner in dem Fall zu erbringen hat, daß er die Verpflichtung nicht ordnungsgemäß erfüllt oder anders gesagt: Vertragsstrafe heißt die Sanktion (die im allgemeinen im Erfüllen der Leistungspflicht, eine Geldsumme zu zahlen, besteht), die der Schuldner in dem Fall zu dulden hat, daß er seine Verpflichtung nicht ordnungsgemäß erfüllt."

Bonet:¹⁰⁾

"Zusatzvereinbarung, die die Parteien häufig einer Hauptver-

9) Albaladejo, Derecho civil, 1961, S.600, und Derecho civil, II (Derecho de obligaciones. Parte general) 1970, S.179.

10) Bonet Ramón, Código civil comentado, 2.Aufl.1964, Art.1152/1

pflichtung anfügen, um deren Erfüllung sicherzustellen, in der eine besondere Leistung zu Lasten des Schuldners (die im allgemeinen in der Zahlung einer Geldsumme besteht) für den Fall der Nichterfüllung oder des bloßen (unverschuldeten) Verzuges¹¹⁾ versprochen wird."

- 11) "retraso"; das spanische Recht unterscheidet den unverschuldeten "retraso" (etwa: Verspätung) vom Verzug im technischen Sinne ("mora"), vgl. Art.1100 CC:

Art.1100

Incurrir en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

1. Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.
2. Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.

Deutsch:

Diejenigen, die verpflichtet sind, etwas zu übergeben oder zu tun, kommen in Verzug, sobald der Gläubiger ihnen gegenüber die Erfüllung ihrer Verbindlichkeit gerichtlich oder außergerichtlich geltend macht.

Damit ein Verzug vorliegt, ist eine Mahnung des Gläubigers jedoch dann nicht erforderlich:

1. wenn die Verbindlichkeit oder das Gesetz es ausdrücklich so bestimmen;
2. wenn aus der Natur der Verpflichtung oder aus den Umständen hervorgeht, daß die Bestimmung des Zeitraums, in dem die Sache übergeben oder der Dienst geleistet werden mußte, der bestimmende Grund für die Eingehung der Verbindlichkeit war.

Bei gegenseitigen Verbindlichkeiten kommt keiner der Verpflichteten in Verzug, wenn der andere nicht erfüllt oder sich nicht unterwirft, gehörig zu erfüllen, was ihm obliegt. Sobald einer der Verpflichteten seine Verbindlichkeit erfüllt, beginnt für den anderen der Verzug.

Casso:¹²⁾

"Sie besteht in der Vereinbarung einer Leistung, im allgemeinen der Zahlung eines Geldbetrages zu Lasten des Schuldners und zugunsten des Gläubigers für den Fall, daß jener nicht so erfüllt, wie es ihm obliegt oder bei der Erfüllung dem Inhalt der Leistungspflicht zuwiderhandelt."

Castán:¹³⁾

"Akzessorische Verpflichtung, die die Parteien einer Hauptverpflichtung hinzufügen, zum Zweck, die Erfüllung dieser Hauptverpflichtung zu sichern, und die zu Lasten des Schuldners eine besondere Leistungspflicht auferlegt, die im allgemeinen darin besteht, eine Geldsumme für den Fall zu zahlen, daß er seine Verpflichtung überhaupt nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt."

De Diego:¹⁴⁾

"Vereinbarung, durch die sich der Schuldner verpflichtet, eine Leistung (im allgemeinen die Zahlung eines Geldbetrages) für den Fall zu erbringen, daß er die Hauptverpflichtung nicht in der vereinbarten Form oder Zeit oder an dem vereinbarten Ort erbringt."

12) Casso, Nociones, Band II, S.150

13) Castán Tobeñas, Derecho civil español, común y foral, Derecho de obligaciones III, 14.Aufl. 1974, S.154 f.

14) De Diego, Instituciones de Derecho civil español, II, S.68

Diez Picazo:¹⁵⁾

"Jene Leistung, die der Schuldner dem Gläubiger im Falle der Nichterfüllung oder irregulären oder fehlerhaften Erfüllung zu erbringen hat."

Puig Peña:¹⁶⁾

"Jene akzessorische Vereinbarung, die einem Schuldverhältnis hinzugefügt wird, kraft derer man verspricht, eine - im allgemeinen in Geld bestehende - Leistung für den Fall zu erbringen, daß eine der Parteien das Vereinbarte nicht oder irregulär erfüllt."

Roca Sastre y Puig Brutau:¹⁷⁾

"Mittel der Garantie, das die Besonderheit aufweist, daß es weder die Heranziehung Dritter noch die Bestellung eines dinglichen Rechts erfordert."

Ruiz Vadillo:¹⁸⁾

"Vereinbarung, kraft derer eine der Parteien sich dazu verpflichtet, eine Leistung - im allgemeinen eine Geldleistung - für den Fall der Nichterfüllung oder der fehlerhaften oder irregulären Erfüllung zu erbringen."

-
- 15) Diez Picazo, Lecciones de Derecho civil, II, 1965, S.348
- 16) Puig Peña, Tratado de Derecho civil español, Buch IV, Band I, S.78
- 17) Roca Sastre y Puig Brutau, Estudios de Derecho privado, Madrid 1948, Bd.I, S.66
- 18) Ruiz Vadillo, Derecho civil, 8.Aufl.1975/76, S.224

Aus der umfangreichen Rechtsprechung des Tribunal Supremo seien folgende Definitionen als beispielhaft zitiert:

"In unserem Zivilrecht wird als "cláusula penal" die Vereinbarung akzessorischen Charakters qualifiziert, die in einem Vertrag mit dem Zweck getroffen wird, die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit sicherzustellen und kraft derer der Schuldner derjenigen Leistung, die garantiert werden soll, verpflichtet wird, im allgemeinen einen bestimmten Geldbetrag zu zahlen."¹⁹⁾

Eine ausführlichere Definition, die gleichzeitig bereits die möglichen Funktionen der c.p. anspricht und auch zur Abgrenzungsfrage gegenüber anderen Rechtsfiguren Stellung nimmt, gibt das folgende Grundsatzurteil:²⁰⁾

"Wenngleich die cláusula penal im weiteren Sinne in einer Zusatzvereinbarung zum Vertrag besteht, durch die eine Leistungspflicht im allgemeinen in Geld entsteht, die der Schuldner für den Fall verspricht, daß er die Hauptverpflichtung nicht erfüllt, oder bei der Erfüllung ihrem Inhalt zuwiderhandelt, verdient sie diese Bezeichnung in einem engeren Sinne - nach der wissenschaftlichen Lehre - nur, wenn vereinbart wird, daß der Gläubiger sowohl die Erfüllung der Verpflichtung als auch die Zahlung der Strafe verlangen kann - "kumulative Strafe" -, während sie das Recht auf diese Bezeichnung verliert, wenn es durch ausdrückliche Vereinbarung in das Ermessen des Schuldners gestellt ist,

¹⁹⁾ TS 11 - 3 - 1957; ähnlich: TS 17 - 10 - 1957

²⁰⁾ TS 21 - 2 - 1969

sich durch Zahlung der Strafe von der Pflicht zur Erfüllung der Verbindlichkeit zu befreien - in diesem Fall existiert eher ein Fakultativ-Schuldverhältnis (obligación facultativa) mit Substitutionsklausel und es entsteht ein "Reugeld" (multa poenitentialis), oder wenn ihr eine liquidatorische Funktion oder eine Funktion zur Risikoabdeckung zugewiesen wird; in diesem [dritten] Fall handelt es sich in Wirklichkeit um eine vorweggenommene Festsetzung der Höhe des Schadensersatzes, der sich aus der Nichterfüllung ergeben könnte, ohne die Notwendigkeit, wegen dieser Festsetzung später einen Prozeß führen zu müssen."

Alle drei genannten Funktionen kann nach der Rechtsprechung des Tribunal Supremo die cláusula penal im weiteren Sinne in der spanischen Rechtsordnung erfüllen, wie sich aus dem zweiten Leitsatz des genannten Urteils²¹⁾ ergibt:

"Unsere Rechtsordnung läßt diese dreifache Zielrichtung der cláusula penal zu, indem sie ihr

- eine "liquidatorische Funktion", wonach sie an die Stelle des Schadensersatzes tritt, in Art. 1152 Abs.1 CC

- eine "Befreiungsfunktion" in Art.1153 Abs.1, sog. multa poenitentialis/Reugeld

- und schließlich eine in Wahrheit "poenale" Funktion in Abs.2 dieses Artikels (pena cumulativa) zuweist; aber auch, wenn man anerkennt, daß sie jeden dieser drei Zwecke erfüllen kann, je nachdem,

21) Oben Note 20

was vereinbart worden ist, stellt sie [= unsere Rechtsordnung⁷ das Treten an die Stelle des Schadensersatzes als allgemeinen Regelfall auf, denn sie bestimmt dies [e Rechtsfolge⁷, in dem genannten Art.1152, wenn nichts anderes vereinbart ist, und verlangt dagegen in Art.1153, daß, damit sich der Schuldner von der Erfüllung seiner Verbindlichkeit befreien kann, es notwendig ist, daß er sich dieses Recht ausdrücklich vorbehalten hat und auch, damit der Gläubiger die Erfüllung der Verpflichtung und die Zahlung der Strafe 'zusammen verlangen' kann, daß 'ihm diese Möglichkeit ausdrücklich eingeräumt' worden ist."²²⁾

22) TS 28 - 12 - 1946
TS 25 - 1 - 1957
TS 28 - 2 - 1961
TS 29 - 4 - 1965:

"Der Zweck der "stipulatio poenae", die in den Art.1152-1155 des CC geregelt ist, beschränkt sich weder ausschließlich darauf, die Erfüllung einer Hauptverpflichtung zu beschränken, zu garantieren oder sicherzustellen, wie sich aus den Begriffen ergeben könnte, in denen die Ley 40 des 11.Titels der Partida 5 formuliert ist, weil hierfür unsere positive Rechtsordnung über andere Rechtsfiguren verfügt, nämlich die in den Art.1822, 1857, 1881 etc. genannten; noch darauf, jene durch eine einfache Entschädigung, die der Höhe nach im Vertrag vorweggenommen ist, zu ersetzen, wie es Art.1152 I CC vorzusehen scheint, weil, um dieses Ergebnis wenigstens im wesentlichen zu erzielen, es genügen würde, zu den unter anderem in den Art.1101 ff., 1124 II CC enthaltenen Vorschriften zu greifen, sondern ihr wahrer Zweck besteht in einem Zusammenwirken harmonisch koordinierter Funktionen, unter denen die strikt strafende eine herausragende Stellung einnimmt, wie schon der Name andeutet und vorbehaltlich einer gegenteiligen Vereinbarung, wie Art.1153 erster Teil vorsieht, was sowohl in einer Verschärfung des Schadensersatzes (Urt. v. 8.1.45, R.7) wie dadurch, daß die Nichtausführung des Vereinbarten vom Schuldner zu vertreten sein muß (Urteile vom 27.5.1894, 5.11.56, R. 3805), zum Ausdruck kommt; weil es sich, überließe man die Auswahl der zu erfüllenden Leistung immer dem Ermessen des Schuldners, um eine "stipulatio disiunctiva" oder um einen Fall der in den Art.1131 CC ff geregelten Art handeln würde ..."

Im folgenden soll daher unter "cláusula penal" die Klausel eines, eine andere Leistungspflicht festsetzenden Vertrages verstanden werden, durch die in akzessorischer Weise eine Verpflichtung des Schuldners festgelegt werden soll, eine bestimmte Geldsumme an den Gläubiger zu bezahlen, wenn er mit der Hauptleistungspflicht entweder in Verzug gerät, oder diese mangelhaft oder gar nicht erfüllt. Diese Geldsumme wird als "Vertragsstrafe", "Konventionalstrafe", "Strafe", bzw. mit den spanischen Ausdrücken "pena", "pena convencional", "pena de indemnización" bezeichnet, während die Vereinbarung der "cláusula penal" (lat. "estipulatio poenae") erst der Rechtsgrund ihrer Entstehung ist.

b) Elemente der cláusula penal

Die cláusula penal des spanischen Rechts ist per definitionem - als "Klausel" eines Vertrages - akzessorisch; ihr rechtlicher Bestand hängt demzufolge vom Schicksal der Hauptverbindlichkeit ab.²³⁾ Die cláusula penal ist also insbesondere dann unwirksam, wenn die Hauptverbindlichkeit nichtig²⁴⁾ oder erloschen²⁵⁾ ist. Die Verwirkung der Strafe ist vom Verschulden des Schuldners abhängig dies ist der Inhalt des Art.1152 Abs.2 CC, der auf Art.1101 CC

23) So ausdrücklich Art.1155 CC

24) Das spanische Recht kennt zwei Arten der Nichtigkeit, die beide mit "nulidad" bezeichnet werden und im deutschen mit "Vernichtbarkeit" (mit Klage geltend zu machen; die Voraussetzungen sind in den Art.1300 ff. CC geregelt) und "Nichtigkeit" (z.B. bei Verstoß gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen, Art.6 Nr.3 CC) wiederzugeben sind.

25) Der CC zählt die Erlöschensgründe in Art.1156 auf. Es sind

- Zahlung oder Erfüllung
- Verlust der geschuldeten Sache
- Schuldverlaß
- Konfusion der Rechte von Schuldner und Gläubiger
- Aufrechnung
- Novation

Bezug nimmt, wonach Schadensersatz (an dessen Stelle ja die Strafe treten soll) nur im Falle des Verschuldens zu leisten ist.²⁶⁾ Auch im spanischen Recht kann das Verschuldenserfordernis allerdings abbedungen werden und damit eine Garantiehaftung erzielt werden.²⁷⁾ Allerdings ist dies nur unter erschwerten Voraussetzungen möglich: nach spanischem Recht bringt die unverschuldete Nichterfüllung die Verbindlichkeit zum Erlöschen.²⁸⁾ Damit erlischt auch die cláusula penal.²⁹⁾ In der Klausel muß daher klar und eindeutig zum Ausdruck gebracht werden, daß die Strafe auch für den Fall geschuldet ist, daß die Nichterfüllung nicht auf einem Verschulden des Schuldners beruht.³⁰⁾

Im gesetzlichen Regelfall tritt die Strafe an die Stelle des aufgrund anderer Vorschriften³¹⁾ geschuldeten Schadensersatzes. Diese Regelung ist jedoch abdingbar: wenn es "klar"³²⁾ vereinbart ist, kann die Strafe sowohl für den Fall des Verzuges (sehr häufig) wie auch für den Fall der Nichterfüllung zusätzlich zum

26) Art.1101

Zum Schadensersatz ist verpflichtet, wer sich bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeit vorsätzlich oder fahrlässig verhält oder sich in Verzug befindet, oder der auf irgendeine Weise dem Inhalt der Verbindlichkeit zuwiderhandelt.

27) An sich praeter legem, jedoch allg.Meinung; vgl. z.B. Albaladejo, Derecho Civil II, 1970, S.183 f.; Rechtsprechung siehe Note 30.

28) Art.1156 CC (oben Note 25)

29) Art.1155 II

30) Albaladejo (oben Note 9), S.184; Lobato (unten Note 43), S.159 TS 21 - 11 - 1913; 19 - 12 - 1930; 19 - 6 - 1953; 5 - 11 - 1956; 27 - 12 - 1957; 27 - 9 - 1961; 29 - 4 - 1965

31) Art.1101 CC; bei Verzug siehe auch Art.1108

32) "claramente", 1153 S.2

Schadensersatz geschuldet sein. Zum anderen kann "ausdrücklich"³³⁾ vereinbart werden, daß sich der Schuldner durch freiwillige Zahlung der vereinbarten Strafe von seiner Verbindlichkeit befreien kann. Die gesetzliche Regelung umfaßt damit auch die der Vertragsstrafe an sich wesensfremde Rechtsfigur des nachträglich zu entrichtenden Reugeldes.³⁴⁾ Ist die Hauptverbindlichkeit bereits teilweise erfüllt oder ist bereits - wenngleich mangelhaft - geleistet, so ist die Strafe vom Richter nach dem Grundsatz der Billigkeit herabzusetzen, ohne daß es dazu eines Antrages des Schuldners bedarf.³⁵⁾ Der Richter ist zur Herabsetzung nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet.³⁶⁾

c) Besonderheiten

aa) Das Handelsgeschäft

Art. 56 c.com. enthält eine ergänzende Regelung für Handelsgeschäfte ("contratos mercantiles"): Anders als bei den Verträgen des bürgerlichen Rechts hat der Gläubiger die Wahl zwischen dem Recht, die Erfüllung oder die Strafe zu verlangen.

Der Código de Comercio, der in der Gesetzgebungstradition des 19. Jahrhunderts steht, folgt bei der Abgrenzung des Handelsgeschäfts vom bürgerlich-rechtlichen Vertrag objekti-

33) "expresamente" 1153 S.1

34) span.: "multa penitencial", "multa de arrepentimiento", oder "dinero de arrepentimiento", vgl. näher unten III 2 a

35) Art. 1154 CG; siehe dazu ausführlich unten IV 2 c

36) ständige Rechtsprechung ("podrá" = "hat zu") siehe näher unten IV 2 c mit ausf. Nachweisen

von Kriterien.³⁷⁾ Danach sind Handelsgeschäfte einmal die besonderen Vertragstypen, die im zweiten und dritten Buch des Código de Comercio geregelt sind,³⁸⁾ aber auch solche, die zwar erwähnt sind, jedoch keine ausdrückliche Regelung erfahren haben.³⁹⁾ Zum anderen sind Handelsgeschäfte aber auch Verträge des bürgerlichen Rechts, wenn sie einen besonderen kommerziellen Charakter haben, d.h. wenn sie im Rahmen der Ausübung eines Handelsgewerbes geschlossen werden.⁴⁰⁾ Die objektive Abgrenzung führt dazu, daß eine ganze Reihe von Verträgen, die nach deutschem Recht ganz typische Verbraucherverträge sind, wie z.B. Bank-, Versicherungs- und Beförderungsverträge, nach spanischem Recht als handelsrechtliche Verträge gelten.⁴¹⁾ Der Unterschied gegenüber der Regelung des Art.1152 CC liegt darin, daß die c.p. nicht automatisch an die Stelle des Erfüllungsanspruchs (und damit des Schadensersatzes) tritt, sondern daß der Gläubiger ein Wahlrecht hat. Damit wird natürlich der liquidatorische Zweck, auf den eigentlich schon die Bezeichnung "pena de indemnización" hindeutet, weitgehend illusorisch,⁴²⁾ weil

37) Broseta Pont, Manual de Derecho Mercantil, Madrid 1974, S.52

38) im zweiten Buch die "besonderen Verträge des Handelsrechts" und im dritten Buch die "besonderen Verträge des Seehandelsrechts", vgl. Gomez Calero, Contratos mercantiles con cláusula penal, Madrid 1980, S.120

39) Börsen- und Bankverträge, Art.74 ff., bzw. 175 f. C.com.

40) Garrigues, Tratado de Derecho Mercantil, Bd.III-1, Madrid 1964, S.48

41) z.B. Broseta Pont (oben Note 37) S.429: "... sind handelsrechtlicher Art ("mercantiles") ... die Verträge, die [den Banken] für den Verkehr mit ihrer Kundschaft dienen.

42) vgl. Gomez Calero (oben Note 38), S.90 f.

nur eine sozusagen einseitige Schadenspauschalierung eintritt: zwar wird für den Schuldner ein Mindestbetrag (eben die Strafe) festgelegt; der Gläubiger hingegen kann sich überlegen, ob er im Einzelfall einen höheren Schaden beweisen kann. In diesem Fall wird er statt der Strafe die Erfüllung verlangen. Damit erzielt die Vorschrift im Ergebnis eine ganz ähnliche Wirkung wie im deutschen Recht § 340 I BGB. Allerdings ist der Gläubiger - jedenfalls im gesetzlichen Regelfall - an die einmal getroffene Wahl gebunden: anders im Fall des § 340 I BGB kann er keinen Mindestbetrag des Schadens verlangen. Entscheidet er sich für das Erfüllungsverlangen, so trägt er das volle Risiko, seinen Schaden nicht oder nur teilweise beweisen zu können und dann schließlich weniger als die eigentlich festgesetzte Strafe zu bekommen.

bb) Das Recht von Navarra

Charakteristisch ist hier, daß die Vertragsstrafe unter der Bezeichnung "estipulación", d.h. als eigener Entstehungsgrund einer Forderung ("stipulatio" im Sinne des römischen Rechts) auftritt und nicht als Klausel eines (anderen) Vertrages.⁴³⁾ Die Möglichkeit der Herabsetzung durch den Richter ist ausdrücklich ausgeschlossen. Auch die Akzessorietät ist angesichts der Bestimmung, daß der Schuldner von der Pflicht zur Zahlung der Strafe nicht durch Umstände befreit wird, die ihn von der Pflicht zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit befreien würden, sehr gelockert. Hierin zeigt sich, worauf García Granero u.a.⁴⁴⁾ mit Recht hinweisen,

43) Vgl. Lobato, La cláusula penal en el Derecho Español, Pamplona 1974, S.68

44) García-Granero Fernández, Aizpún Tuero, López Jacoiste, Santamaria Ansa, Nagore Yarnoz, D'Ors Pérez-Peix, Arregui Gil y Salinas Quijada, Derecho Foral de Navarra, Derecho Privado (Recopilación Privada), Pamplona 1971, S.234.

die unmittelbare Verwurzelung des Foralrechts im römischen Recht,⁴⁵⁾ nach dem die "stipulatio poenae" eben nicht die (liquidatorische) Funktion des antezipierten Schadensersatzes bzw. zumindest der Schadensschätzung hatte, sondern der Straf- bzw. Druckzweck im Vordergrund stand.⁴⁶⁾

3) Geschichtliche Grundlagen

a) Vorbemerkung

Ohne ein - wenn auch knappes - Eingehen auf die geschichtlichen Grundlagen des spanischen Zivilrechtssystems bleibt eine Darstellung auch der modernen Diskussion unvollständig. Dies gilt umsomehr, als sowohl der Rechtslehre als auch der Rechtsprechung des spanischen Sprachkreises in weit größerem Umfang als für den deutschen Juristen die Kontinuität der geltenden Rechtsordnung als ein gewachsenes Produkt der historischen Entwicklung bewußt ist. Gerade in den Entscheidungen des Tribunal Supremo findet sich deshalb häufig ein Rückgreifen auf dem Código Civil vorangehende Rechtsquellen bis hin zu den römischen Grundlagen.⁴⁷⁾

b) Der Entwurf von 1851

Der Código Civil ist - wie sich bereits aus seinem Aufbau und seiner Terminologie ergibt - ein typisches Produkt der Gesetzgebungstechnik des 19. Jahrhunderts. Er ist daher in entscheidendem Maß vom damals überragenden Einfluß der napoleonischen

⁴⁵⁾ Vgl. dazu unten 3 d

⁴⁶⁾ Zur Funktion der cláusula penal vgl. noch eingehend unten III

⁴⁷⁾ Siehe z.B. die oben (Note 22) zitierte Entscheidung TS 29 - 4 - 1965

Kodifikation geprägt. Daneben dürfen jedoch die Besonderheiten, die sich zum einen aus der historischen, ethnischen und geographischen Lage Spaniens, zum anderen aus den konkreten politischen Umständen des Landes am Ende des 19. Jahrhunderts ergeben, nicht übersehen werden. Den stärksten Niederschlag erfuhren diese Einflüsse im (bis heute fortbestehenden) Nebeneinander der gemeinspanischen Kodifikation des Código Civil mit den ihre Lebenskraft behauptenden regionalen Rechtsordnungen der sogenannten Foralrechtsgebiete;⁴⁸⁾ ein Ausfluß des gerade jetzt wieder an Aktualität gewinnenden Partikularismus der Regionen (oder auch: Nationen)⁴⁹⁾ Spaniens gegenüber dem von Kastilien ausgehenden Unitarismus und Zentralismus. Diesem jahrhundertelangen, bis heute nicht entschiedenen Kampf zwischen Zentralismus und Regionalismus⁵⁰⁾ war bereits der unmittelbare Vorläufer des Código Civil, nämlich der Entwurf eines spanischen Zivilgesetzbuches von 1851, zum Opfer gefallen. Dieser war von einer "Comisión General de Códigos" seit 1843 (mit einer zwischenzeitlichen Unterbrechung durch Auflösung) in fünfjähriger Arbeit in enger Anlehnung an den französischen Code Civil erarbeitet worden,⁵¹⁾ wobei als aktueller spanischer Rechtszustand unter weitgehender Mißachtung der im Volk lebenden partikularen Rechtsordnungen ausschließlich das Recht der Zentralmacht Kastilien zugrundegelegt wurde.

48) Siehe dazu auch oben 1b

49) Die neue Verfassung vom 29.12.1978 spricht nunmehr von "Nationalitäten" ("nacionalidades", Art.2). In der Verfassungsdebatte war dies eines der am heftigsten umstrittenen Reizworte.

50) Eine der Kernforderungen der Putschisten vom 23.2.1981 war die "Wiederherstellung" der durch die neuen Autonomiegesetze "zerfallenen Einheit" Spaniens.

51) Vgl. Peuster, Das spanische Zivilgesetzbuch, 1979, S.1

Der Entwurf von 1851 widmet der Rechtsfigur der cláusula penal nur spärlichen Raum. Eine Art Legaldefinition liefert Art.1079, der folgendes bestimmt:

Ein Schuldverhältnis mit Strafklausel liegt vor, wenn der Schuldner sich dazu verpflichtet, etwas zu geben oder zu tun, falls er die Hauptverpflichtung nicht erfüllt.⁵²⁾

Interessant hieran ist vor allem, daß den Autoren des Entwurfs offenbar die Möglichkeit, auch eine Verpflichtung zum Unterlassen mit einem Strafversprechen abzusichern, fremd oder zumindest nicht bewußt war.⁵³⁾ Art.1080 des Entwurfs entspricht wörtlich dem Gesetz gewordenen Art.1155 Código Civil:

Die Nichtigkeit der Strafklausel bringt nicht die Nichtigkeit der Hauptverpflichtung mit sich. Die Nichtigkeit der Hauptverpflichtung bringt die der Strafklausel mit sich.

In Art.1081 Abs.1 findet sich die Regelung des Verhältnisses vom Erfüllungsanspruch und Geltendmachung des Strafversprechens:

Der Gläubiger kann die Erfüllung der Hauptverpflichtung oder des Strafversprechens verlangen; beides kann er nur dann verlangen, wenn dies so vereinbart worden ist, in welchem Fall die Gerichte die Strafe ermäßigen können, wenn sie sie für exzessiv erachten.

Hingewiesen sei bereits an dieser Stelle darauf, daß in diesem Fall die Herabsetzungsmöglichkeit durch den Richter, wie man sieht, nicht von einer teilweisen oder unzureichenden Erfüllung

52) Quelle hier und im folgenden: García Goyena, Concordancias, Motivos y comentarios del Código Civil Español, Madrid 1852

53) Vgl. Lobato, La cláusula penal en el Derecho Español, 1974, S.57

abhängig gemacht wurde. Dies steht im Gegensatz zum aktuellen Rechtszustand des Código Civil, der wie der Code Napoléon⁵⁴⁾ eine allgemeine Herabsetzungsmöglichkeit im Falle der Übermäßigkeit der Strafe nicht kennt.⁵⁵⁾

Was die Rechtsnatur der Strafklausel betrifft, so betont Art. 1081 Abs.2, wiederum in enger, nahezu wörtlicher Anlehnung an den Code Napoléon,⁵⁶⁾ die Qualifikation als antezipierten Scha-

54) Art.1231

La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie. (Vgl. aber Note 55)

Ähnlich Art.1384 des italienischen Codice civile:

Riduzione della penale

La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento.

55) In Frankreich selbst wurde das Recht der clause pénale inzwischen reformiert (Gesetz Nr.75-597 v. 9.7.1975; J.C.P. 1975, III, 43064). Art.1231 CC lautet in der neuen Fassung:

"Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'art.1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite."

Die entscheidende Änderung enthält jedoch Art.1152 n.F.:

"Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre."

Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite."

56) Art.1229 I:

La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que la créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.

(II ...)

densersatz.

Die Strafklausel ist der Ausgleich der Schäden und Nachteile, die durch die Nichterfüllung der Hauptverpflichtung verursacht sind.

Das vereinbarte Interesse darf das Doppelte des gesetzlichen Interesses nicht übersteigen; soweit es dies tut, haben es die Gerichte auf Antrag des Schuldners darauf herabzusetzen.⁵⁷⁾

Zu beachten ist, daß von "Ausgleich" (compensación) der Schäden gesprochen wird und nicht von Ersatz (indemnización), obwohl sich, wie Lobato zutreffend hervorhebt,⁵⁸⁾ aus dem Zusammenhang ergibt, daß der umfassendere Begriff des Schadensersatzes (der im Gegensatz zum "Ausgleich" auch ein weitergehendes Interesse umfaßt), gemeint war.

Art.1083 bestimmt, daß die Erfüllung des Strafversprechens nur in den Fällen verlangt werden kann, in denen die Tatbestandsmerkmale vorliegen, unter denen - würde eine Strafklausel nicht existieren - Schadensersatz verlangt werden könnte.

Diese Vorschrift, die dem aktuellen Rechtszustand entspricht,⁵⁹⁾ stellt klar, daß das Strafversprechen nicht eingelöst zu werden braucht, wenn die Nichterfüllung auf Umständen beruht, die auch keine Schadensersatzpflicht auslösen würden,⁶⁰⁾ also insbesondere Zufall und (die dem deutschen Recht unbekannte) höhere Gewalt (fuerza mayor).⁶¹⁾

57) Art.1081 II (2) iVm Art.1650 des Entwurfs

58) Lobato, La cláusula penal ... (Note 53), S.58

59) Art.1152 II CC

60) Art.1011, 1014 des Entwurfs

61) Vgl. jetzt Art.1105 CC:

Außer in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen, und in denjenigen, in denen die Verpflichtung es so bestimmt, haftet niemand für Ereignisse, die nicht vorhersehbar waren, oder die zwar vorhergesehen, aber unvermeidlich waren.

Die Art.1083 und 1084 befassen sich - in teilweise wörtlicher Übereinstimmung mit den Art.1282, 1283 Code Napoléon - mit den das Erbrecht betreffenden Regelungen über teilbare und unteilbare Verpflichtungen mit Strafklausel, während Art.1085 die Schlußbestimmung des betreffenden Abschnitts, die bereits aus dem geltenden Recht bekannte Regelung des Art.1154 Código Civil festlegt:

Der Richter kann nach Billigkeit die vereinbarte Strafe herabsetzen, wenn die Hauptverpflichtung teilweise oder nicht zur Gänze erfüllt worden ist.

Hier fällt auf, daß der Entwurf eine lediglich fakultative Herabsetzungsmöglichkeit ("puede" = kann) des Richters vorsieht, während der Código Civil, wie das Tribunal Supremo in ständiger Rechtsprechung immer wieder ausführt,⁶²⁾ den Richter zur Herabsetzung verpflichtet, wenn der Schuldner dies beantragt ("podrá" = hat zu).

Betrachtet man die Gesamtregelung, die die Rechtsfigur der cláusula penal in dem Entwurf von 1851 gefunden hätte, so ist als Hauptcharakteristikum wohl die enge, teilweise wörtliche Anlehnung an die entsprechenden Vorschriften des Code Napoléon hervorzuheben. Daneben verblissen die Ansätze zu eigenen, aus der bodenständigen Tradition (aber nur Kastiliens) hervorgegangenen Regelungen, wie die im Code Napoléon nicht enthaltene Begrenzung der Strafverpflichtung auf das Doppelte des gesetzlichen Interesses für den Fall, daß eine Geldleistung mit der Strafklausel abgesichert wird.⁶³⁾

62) Vgl. dazu unten IV 2 c

63) Art.1081 II des Entwurfs

c) Die Autoren des 19. Jahrhunderts

Die Lehre des 19. Jahrhunderts vor Inkrafttreten des Código Civil sah das Schuldverhältnis mit Strafklausel im wesentlichen als ein besonderes Schuldverhältnis im Rahmen der allgemeinen Einordnung der Schuldverhältnisse, die - nach Del Viso⁶⁴⁾ - einem vielzitierten Autor der Zeit - eine Klassifikation nach reinen, bedingten, befristeten Gesamtschuldverhältnissen, Wahl-schuldverhältnissen, Gesamthandschuldverhältnissen teilbaren und unteilbaren Verpflichtungen und eben derjenigen mit Strafklausel vorsah, eine Einteilung, der die Autoren des CC später weitgehend gefolgt sind. Typisch ist die Definition eines anderen zeitgenössischen Autors, Arrazola, wonach die cláusula penal in der vereinbarten Auferlegung einer Strafe für denjenigen, der das vertraglich Vereinbarte nicht erfüllt, besteht.⁶⁵⁾ Der Autor drückt die seinerzeit weit verbreitete Anschauung aus, auch eine letztwillige Verfügung könne durch eine Strafklausel gesichert werden, wenn er die Strafklauseln danach einteilt, ob sie eine vertragliche Verpflichtung, ein Vermächtnis oder eine Erbeinsetzung sichern.⁶⁶⁾

Andere Autoren⁶⁷⁾ der Zeit sehen die Funktion der Strafklausel - in Übereinstimmung mit der französischen Doktrin - als vorweg-

64) Del Viso, Lecciones Elementales del Derecho Civil, Valencia, 1879, S.57

65) Arrazola, Enciclopedia Espanola de Derecho y Administración o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de Espana e Indias, Madrid, 1856, Bd.9, S.96

66) Arrazola (Note 65), S.97; vgl. z.B. auch Art.1232 des französischen Code Civil

67) Gomez de la Serna y Montalban, Elementos de Derecho Civil y Penal de Espana, Madrid, 1874, Bd.2, S.198 f.; García Goyena y Aguirre, Febrero Reformado o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, Madrid, 1852, Bd.2, S.215; "Febrero" scheint in der damaligen Zeit so etwas wie ein "Palandt" gewesen zu sein; der hier zitierte "neu bearbeitete Febrero" geht zurück auf das Werk Josef Febrero, Librería de Escribanos, e Instrucción Jurídica Theorico-práctica de Principiantes, Madrid 1769.

genommenen Schadensersatz an, betonen also den liquidatorischen Charakter.

Ein anderes, nach dem gegenwärtigen Rechtszustand eindeutig festgelegtes Merkmal der cláusula penal, nämlich deren Akzessorietät, war damals Gegenstand der Diskussion. Namhafte Autoren⁶⁸⁾ vertraten nämlich die Auffassung, die Wirksamkeit der cláusula penal hänge nicht automatisch und unbedingt von der Wirksamkeit der Hauptverpflichtung ab; vielmehr sei diese Akzessorietät nur dann anzuerkennen, wenn die Hauptverpflichtung gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoße,⁶⁹⁾ nicht jedoch, wenn sie aus anderen Gründen unwirksam sei. Diese Ansicht ist erkennbar beeinflusst vom Recht der "Siete Partidas", die sogleich zu behandeln sind.

d) Die "Siete Partidas"

Das Gesetzbuch Alfons' des Weisen,⁷⁰⁾ das im spanischen Recht noch heute eine bedeutende Rolle spielt und das in vielem auf dem römischen Recht beruht, im wesentlichen aber ein Fallrecht ist, und auch eigene Traditionen aufnimmt, behandelt die cláusula penal ausführlich und detailliert im elften Titel der fünften Partida.⁷¹⁾ Danach lassen sich folgende Charakteristika festhalten:

-
- 68) Sala, *Institutiones Romano-Hispanae ad usum Tironum Hispanorum ordinatae*, Madrid 1830, S.193; Arrazola (Note 65), S.96; Gomez de la Serna y Montalbán (Note 67), S.198
- 69) Gomez de la Serna y Montalbán (Note 67), S.198
- 70) Alfons X. (1226 - 1284), nach anderen Zählungen der Neunte; von 1252 - 1282 König von Kastilien und León, ein großzügiger Förderer der Künste und der Wissenschaften. Er wurde übrigens 1257 zum deutschen König gewählt (er war ein Enkel Philipps des Schwaben), hat aber Deutschland nie gesehen.
- 71) Den vorliegenden Ausführungen liegt die kommentierte Ausgabe von López, *Las VII Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el Nono*, Madrid 1789, zugrunde. Die in einem äußerst altertümlichen Spanisch abgefaßten Texte wurden auch in einer Faksimile-Ausgabe, Madrid 1980, neu aufgelegt.

Die cláusula penal im System der Siete Partidas ist eine im Rahmen der Vertragsfreiheit dem freien Willen der Parteien unterliegende "Stipulatio";⁷²⁾ sie tritt - wenngleich anderes vereinbart werden kann - im Falle der Nichterfüllung an die Stelle der Hauptverpflichtung,⁷³⁾ und sie steht zur Hauptverpflichtung nicht uneingeschränkt im Verhältnis der Akzessorietät.⁷⁴⁾ Dies gilt vielmehr nur, wenn diese gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstößt, eine Auffassung, die, ohne schließlich in die Kodifikation einzugehen, bei den Autoren des 19. Jahrhunderts wieder auftaucht.⁷⁵⁾ In den Fällen, in denen die Hauptverpflichtung weder gegen Gesetz noch die guten Sitten verstößt, bleibt das Strafversprechen wirksam, auch wenn die zugrundeliegende Vereinbarung unwirksam ist.⁷⁶⁾ Auf der anderen Seite werden jedoch auch Einzelfälle aufgeführt,⁷⁷⁾ in denen die Nichtigkeit oder Unmöglichkeit der Hauptverpflichtung nicht dem Schuldner zuzurechnen ist. In diesen besonderen Fällen strahlt diese Nichtigkeit oder Unmöglichkeit, die Hauptverpflichtung zu erfüllen, dann doch wieder auf die Strafklausel aus: der Schuldner wird auch hiervon befreit. Eine generelle Entscheidung für oder gegen die Akzessorietät wird also - wie man sieht - nicht getroffen. Vielmehr beschränken sich die Partidas auch insoweit auf eine kasuistische Regelung bestimmter, typischer Lebenssachverhalte, ohne einen Anspruch auf Allgemeingültigkeit zu erheben.

72) Ley 35

73) Ley 36; es wird aber auch ausdrücklich auf die Druckfunktion hingewiesen: "... die Schuldner werden durch die Angst vor der Strafe eifriger (!) sein, ihre Verpflichtung zu erfüllen ...", Ley 38

74) Ley 38

75) Vgl. oben Note 69

76) Ley 38

77) Ley 39; mehr der Kuriosität halber sei erwähnt, daß diese Vorschrift nahezu wörtlich in Art. 3 des Gesetzes über die Zivilehe vom 18.6.1870 wieder auftaucht: danach sind Strafklauseln, die die Erfüllung eines Eheversprechens garantieren sollten, unwirksam

Abgesehen von der Regelung im 11. Titel der fünften Partida finden sich einschlägige Vorschriften auch im Abschnitt über Schiedsgerichte, also im 4. Titel der 3. Partida. Dies zeigt, daß zu dieser Zeit das Institut der c.p. sehr große prozessuale Bedeutung hatte:⁷⁸⁾ in dem damals - wie auch noch heute⁷⁹⁾ - un-
gemein weitverbreiteten Schiedsgerichtswesen war es üblich, die von den Schiedsgerichten auferlegten Verpflichtungen ihrerseits wieder mit Strafklauseln abzusichern, um ihnen erhöhte Effektivität zu geben.⁸⁰⁾

e) Das römische Recht

Im römischen Recht waren Strafklauseln allgemein üblich. Der Grund für die weite Verbreitung der dort so genannten "stipulationes poenae" liegt im Bedürfnis nach prozessualer Absicherung der "stipulationes incertae", also vor allem der ein Tun oder Unterlassen betreffenden Verpflichtungen. Die stipulatio poena hatte eine doppelte Funktion: zum einen den Schuldner durch die Androhung der Strafe zu einer ordnungsgemäßen Erfüllung anzuhalten, zum anderen, im Falle der Nichterfüllung die Durchsetzung und Bezifferung des Schadens möglichst zu erleichtern.⁸¹⁾ Genaugenommen ergibt sich sogar eine dreifache Funktion. Zum einen wurden diejenigen Forderungen, die nicht mit einer gesetzlichen Sanktion versehen waren,⁸²⁾ überhaupt erst durchsetz-

78) darauf weist Arrazola (Note 65), S.97 hin.

79) Damals wie heute ein Symptom für die Ineffektivität der staatlichen Justiz. Das Schiedsgerichtswesen wucherte so stark, daß 1953 ein eigenes Gesetz (Ley de 22 - 12 - 1953 por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado) erlassen wurde, um die schlimmsten Auswüchse einzudämmen; vgl. näher Jayne/Sacher, Neuere Entwicklungen ... (oben I, Note 49)

80) Partida 3, Título 4, Ley 23 (siehe Anhang I)

81) Espin Canovas, La cláusula penal en el Derecho Privado, R.D.P.1946/145 (146)

82) also vor allem die Vergleiche und Schiedsverträge, die einen Anspruch nur auf dem Weg über die actio aquiliana gaben, vgl. Kaser, Das römische Privatrecht, 2. Teilband, München 1959, S.322

bar gemacht, zum anderen drohte dem vertragsuntreuen Schuldner ohne weiteres die Strafe und schließlich setzte sie im voraus die Höhe des Schadens bei den obligationes incertae fest; man vermied auf diese Weise die immer schwieriger und bisweilen unmögliche Festsetzung des Schadens durch den Richter. Im Lauf der Zeit⁸³⁾ trat der Ersatzgesichtspunkt gegenüber dem Strafzweck immer mehr in den Vordergrund.⁸⁴⁾

83) Vgl. Knütel, Stipulatio poenae, Studien zur römischen Vertragsstrafe, 1976, S.55

84) Im byzantinischen Recht schließlich partizipierte dann auch der Staat an der Strafe: ein bestimmter Prozentsatz jeder verwirkten Konventionalstrafe ging an den Fiskus (Espin, Note 81, S.146).

III. Die Rechtsnatur der cláusula penal im spanischen Recht

1) Vorbemerkung

Die Rechtsfigur der cláusula penal ist im spanischen Recht weitverbreitet. Dementsprechend vielfältig sind die in der Praxis vorkommenden Gestaltungsformen. Da das Gesetz den Vertragspartnern eine extrem weite Dispositionsfreiheit zubilligt,¹⁾ ist in den allerwenigsten Fällen von vornherein klar, ob es sich bei einer Vertragsklausel im Einzelfall um eine cláusula penal handelt, ob eine der nachstehend behandelten verwandten Rechtsfiguren vorliegt oder eine der mannigfaltigen Mischformen. Diese Abgrenzung ist, abgesehen vom dogmatischen Interesse, vor allem für die Qualifikation im internationalprivatrechtlichen Bereich von großer Bedeutung. Im folgenden werden daher einige der cláusula penal ähnliche Rechtsinstitute dargestellt. Dabei wird zunächst aus der Sicht des spanischen Rechts der Versuch einer Abgrenzung zur cláusula penal unternommen.

2) Abgrenzung zu verwandten Rechtsfiguren

a) "arras"

Die Rechtsfigur der "arrha" stammt bereits aus dem römischen Recht.²⁾ Sie ist ihrerseits kein homogener Begriff, sondern vereinigt unter ihrem Namen mehrere, ihrer Rechtsnatur nach sehr verschiedene Institute, deren Abgrenzung sowohl zu anderen Rechtsfiguren als auch gegeneinander wegen der im Einzelfall ungeheu-

1) Sowohl die Regelung des Art.1152 CC wie die des Art.1153 sind ausdrücklich dispositiv; ebenso Art.56 C.com.

2) Digesten 18 - 1 - 35, zitiert nach Manresa y Navarro, Comentarios al Código Civil Español Bd.X, Madrid 1950, Art.1454, S.111; die Siete Partidas regelten die arrha in Partida 5, Título 5, ley 7 (vgl.oben II, Note 71)

er vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten recht schwierig ist. In der spanischen Rechtslehre wird im allgemeinen folgende Typologie gebildet:

- arras confirmatorias (aa)
- arras penales (bb)
- arras penitenciales (cc)

aa) Die arras confirmatorias haben zum Zweck, auf welche Weise auch immer, die bloße Existenz eines Vertrages zu bekräftigen. Sie wäre daher am ehesten mit der Bezeichnung "Draufgabe" in die deutsche, bzw. mit der Bezeichnung An- oder Draufgeld³⁾ in die Schweizer Typologie einzuordnen. Auch das österreichische ABGB spricht in der Legaldefinition des § 908⁴⁾ in einem solchen Fall ausdrücklich von "Angeld".

3) Art.158 OR:

Das beim Vertragsabschlusse gegebene An- oder Draufgeld gilt als Haft-, nicht als Reugeld.

Wo nicht Vertrag oder Ortsgebrauch etwas anderes bestimmen, verbleibt das Haftgeld dem Empfänger ohne Abzug von seinem Anspruche.

Ist ein Reugeld verabredet worden, so kann der Geber gegen Zurücklassung des Bezahlten, und der Empfänger gegen Erstattung des doppelten Betrages von dem Vertrag zurücktreten.

4) § 908 ABGB:

Was bei Abschließung eines Vertrages voraus gegeben wird, ist, außer im Fall einer besondern Verabredung, nur als Zeichen der Abschließung, oder als eine Sicherstellung für die Erfüllung des Vertrages zu betrachten, und heißt Angeld. Wird der Vertrag durch Schuld einer Partei nicht erfüllt, so kann die schuldlose Partei das von ihr empfangene Angeld behalten, oder den doppelten Betrag des von ihr gegebenen Angeldes zurückfordern. Will sie sich aber damit nicht begnügen, so kann sie auf die Erfüllung, oder, wenn diese nicht mehr möglich ist, auf den Ersatz dringen.

Der italienische Codice civile spricht von "caparra confirmatoria".⁵⁾ In dieser Funktion, die im spanischen Recht auch unter der Bezeichnung "senal"⁶⁾ auftaucht, umfaßt sie die beiden von - dem in Spanien vielzitierten - Enneccerus⁷⁾ gebildeten Typen der "arrha confirmatoria" (als Zeichen des Abschlusses des Vertrages) zum einen und der "arrha pacto imperfecto data" (als Sicherheit für einen erst noch abzuschließenden Vertrag⁸⁾) zum anderen.

5) Art.1385 CC:

Caparra confirmatoria

Se al momento della conclusione del contratto una parte dà all'altra, a titolo di caparra, una somma di danaro o una quantità di altre cose fungibili, la caparra, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta.

Se la parte che ha dato la caparra è inadempiente l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra.

Se però la parte che non è inadempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali.

- 6) In Art.1454 CC (oben II 1 a) werden die Begriffe "arras" und "senal" als Synonyma gebraucht.
- 7) In Spanien erschienen als Enneccerus-Kipp-Wolff, Tratado de Derecho Civil, 3.Aufl. (2 Bde), Barcelona 1981; kommentiert und mit Anmerkungen versehen von Perez Gonzales und Alguer; die spanische Ausgabe behandelt die arrha in § 36 (260), S.184.
- 8) Ein Fall, den das BGB nicht regelt, der aber auch im deutschen Recht möglich ist, weil § 336 BGB nur eine widerlegbare Vermutung aufstellt. Dagegen nennt § 908 ABGB (oben Note 4) ausdrücklich beide Funktionen und faßt sie unter dem Begriff "Angeld" zusammen.

bb) Die arras penales⁹⁾ dienen dazu, die Erfüllung eines Vertrages sicherzustellen, die Forderung zu stärken. Im BGB sind sie nicht geregelt, wenngleich möglich. Das ABGB nennt sie in § 908¹⁰⁾ und faßt auch sie unter dem Sammelnamen "Angeld" zusammen. Ihre Gemeinsamkeit mit den arras confirmatorias liegt zum einen in der Zielrichtung, die Erfüllung einer Verbindlichkeit zu sichern und zu bestärken, zum anderen darin, daß nur dann von arras gesprochen werden kann, wenn real etwas geleistet ist. Hierin liegt zugleich der entscheidende Unterschied zu den verschiedenen Arten der Strafklauseln, die alle voraussetzen, daß durch sie unter Umständen eine (zweite) Verbindlichkeit entsteht, die aber keine sofortige Leistung voraussetzen: Die Strafe ist erst bei Eintreten bestimmter Umstände (idR Nichterfüllung, Verzug) verwirkt.

cc) Die arras penitenciales (auch arras de arrepentimiento) schließlich entsprechen weitgehend dem deutschen Begriff Reugeld. Das BGB definiert ihn nicht, setzt aber seine Existenz in den §§ 336 II, 359 stillschweigend voraus. Eine deutschsprachige Legaldefinition gibt § 909 ABGB.¹¹⁾ Im Ge-

9) Zum Begriff näher TS 1 - 4 - 1958

10) Oben Notæ 4 u 8

11) § 909 ABGB:

Wird bei Schließung eines Vertrages ein Betrag bestimmt, welchen ein oder der andere Teil in dem Falle, daß er von dem Vertrage vor der Erfüllung zurücktreten will, entrichten muß, so wird der Vertrag gegen Reugeld geschlossen. In diesem Falle muß entweder der Vertrag erfüllt, oder das Reugeld bezahlt werden. Wer den Vertrag auch nur zum Teil erfüllt, oder das, was von dem andern auch nur zum Teile zur Erfüllung geleistet worden ist, angenommen hat, kann selbst gegen Entrichtung des Reugeldes nicht mehr zurücktreten.

gensatz zum deutschen und Schweizer Recht (das österreichische nimmt eine Mittelstellung ein¹²⁾) folgt das spanische Recht hierbei dem schon aus den Digesten bekannten Grundsatz des beiderseitigen Reugeldes, d.h. nicht nur der Schuldner kann gegen Verfall des Reugeldes vom Vertrag zurücktreten, sondern auch der Gläubiger gegen Entrichtung des doppelten Betrages.¹³⁾ Ihr entscheidender Unterschied gegenüber arras confirmatorias und arras penales liegt in ihrer Funktion: die beiden ersteren bezwecken eine Sanktion für den Fall der Nichterfüllung, diese verliert durch die Entrichtung der arras nichts von ihrer Rechtswidrigkeit; letztere hingegen bilden ein erlaubtes Mittel, den zustande gekommenen

12) § 910 ABGB:

Wenn ein Angeld gegeben, und zugleich die Befugnis des Rücktrittes ohne Bestimmung eines besondern Reugeldes bedungen wird, so vertritt das Angeld die Stelle des Reugeldes. Im Falle des Rücktrittes verliert also der Geber das Angeld; oder der Empfänger stellt das Doppelte zurück.

13) Ebenso in Frankreich Art.1590 CC:

Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître de s'en départir. Celui qui les a données, en les perdant, et celui qui les a reçues, en restituant la double.

und in Italien Art.1386 CC:

Se nel contratto è stipulato il diritto di recesso per una o per entrambe le parti, la caparra ha la sola funzione di corrispettivo del recesso.

In questo caso, il recedente perde la caparra data o deve restituire il doppio di quelle che ha ricevuto.

Vertrag nicht zu erfüllen. Wer die arras penitenciales verfallen läßt, bzw. als Gläubiger doppelt entrichtet, handelt - im Gegensatz zu den vorangegangenen Fällen - nicht unrechtmäßig. Die Geltendmachung eines Schadens ist daher insoweit naturgemäß ausgeschlossen.

Wie bereits bei den arras penales, die von Zielsetzung und Funktion her den Strafklauseln am nächsten kommen, angedeutet, liegt der entscheidende Unterschied zwischen allen hier dargestellten Formen der arras und den Strafklauseln darin, daß von arras nur gesprochen werden kann, wenn von vornherein etwas real geleistet wird, während die Strafklausel - in welcher Form auch immer - in jedem Fall erst das Versprechen einer Leistung ist.¹⁴⁾ Ein weiterer Unterschied, der aber nicht zwangsläufig ist, liegt nach Castán¹⁵⁾ darin, daß ein Gegensatz zur c.p. die arras nicht in jedem Fall den Zweck haben, die Erfüllung eines Vertrages zu garantieren, sondern lediglich als Zeichen des Vertragsabschlusses zu fungieren. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß - jedenfalls im wirtschaftlichen Sinne - auch diese "Zeichenfunktion" genau den selben Zweck hat, nämlich den Vertragspartner auf seine, anderweitig womöglich nicht beweisbare Willenserklärung "festzunageln" und auch so gerade wieder die Erfüllung des Vertrages wenn nicht zu garantieren, so doch wenigstens die willentliche Nichterfüllung zu erschweren.

In der älteren Rechtsprechung des Tribunal Supremo wird der genannte Unterschied nicht immer klar gesehen. Insbesondere werden die Begriffe der clausula penal mit dem der arras penales zuweilen vermengt¹⁶⁾ und dabei auch noch die

14) Vgl. Albaladejo, Derecho Civil, Barcelona 1970, S.193

15) Castán Tobeñas, Derecho Civil Español, Comun y Foral, Madrid 1958, S. 127 f.

16) TS 16 - 1 - 1933; TS 8 - 7 - 1933; TS 5 - 6 - 1945

liquidatorische Funktion ins Spiel gebracht,¹⁷⁾ die den arras penales in der Regel gerade nicht zukommt, da bei ihnen der Gläubiger ja gerade nicht auf die Geltendmachung eines höheren Schadens verzichten will, sondern vor allem eine Bestärkung seiner Forderung erreichen will.

dd) multa penitencial

Auch wenn diese Unterscheidung weder in der spanischen Rechtsprechung¹⁸⁾ noch in der Literatur¹⁹⁾ strikt durchgeführt erscheint, ist von den verschiedenen Formen der arras die "multa penitencial" oder das "dinero de arrepentimiento" zu differenzieren. Das Reugeld (wörtlich für "dinero de arrepentimiento") braucht ja weder in der deutschen²⁰⁾ noch in der spanischen Rechtsordnung sofort entrichtet zu werden. Damit unterscheidet es sich bereits von den obengenannten arras penitenciales (ebenfalls mit "Reugeld" zu übersetzen), deren Charakteristikum ja gerade die sofortige Leistung einer bestimmten Summe oder Sache ist. Gemeinsam mit ihnen hat es, daß sowohl bei sofortiger Entrichtung eines Reugeldes (arras penales) als auch bei Vereinbarung der späteren Zahlung eines solchen (multa penitencial) der Schuldner die rechtmäßige

17) Siehe z.B. TS 15 - 6 - 1945: "... die "arra" kann Inhalt einer "cláusula penal" sein, die den ... erlittenen Schaden ersetzen soll..."

18) Vgl. etwa TS 28 - 12 - 1946 und dazu die Anmerkung von Beltrán de Heredia Castaño in R.D.P. 1947, S.301 ff.

19) Siehe Lobato, La cláusula penal en el Derecho Español, Pamplona 1974, S.108, der in diesem Fall die Begriffe vermengt und die multa penitencial unter "arras" einordnet.

20) Vgl. etwa § 359 BGB

Möglichkeit hat, den Vertrag nicht zu erfüllen. Erfüllt er unter Hintanlassung des gezahlten oder unter Entrichtung des vereinbarten Reugeldes seine ursprüngliche Verpflichtung nicht, so begeht er keine Vertragsverletzung, sondern macht im Gegenteil von einer ihm eingeräumten Befugnis Gebrauch. Die Geltendmachung eines wie auch immer gearteten Schadens durch den Gläubiger ist in diesem Fall begriffsnotwendig ausgeschlossen. Der Gegensatz zu den arras penitenciales (Leistung hier - Versprechen einer Leistung dort) markiert jedoch gleichzeitig eine Gemeinsamkeit mit der cláusula penal, denn in beiden Fällen wird eine nachträgliche Leistung versprochen. Jedenfalls im Sinne der gesetzlichen Regelung²¹⁾ ist die multa penitencial also eine echte cláusula penal.

b) obligación alternativa

Unter obligación alternativa wird in der spanischen Dogmatik ein Schuldverhältnis verstanden, das zwei Leistungen zum Gegenstand hat, die in gleicher Weise geschuldet werden, deren eine Leistung jedoch die andere Schuld zum Erlöschen bringt.²²⁾ Der Begriff ist daher ohne weiteres mit Wahlschuld zu übersetzen und

21) Der Ausnahmefall, den Art.1153 bei ausdrücklichem Vorbehalt zulässt: bei der multa penitencial wird dem Schuldner das Recht zugestanden, sich durch Zahlung der Strafe von seiner Verbindlichkeit zu befreien.

22) Art.1131 ff. CC

Art.1131:

Der wahlweise zu verschiedenen Leistungen Verpflichtete, hat eine von diesen vollständig zu erfüllen.

Der Gläubiger kann nicht gezwungen werden, Teile der einen und Teile der anderen anzunehmen.

Art.1132:

Die Wahl steht dem Schuldner zu, es sei denn, sie ist ausdrücklich dem Gläubiger vorbehalten.

(2) ...

deckt sich auch weitgehend mit dem Wahlschuldbegriff des BGB.²³⁾

Im Vergleich der Art.1131, 1132 CC mit den Art.1152 ff. zeigt sich bereits deutlich, worin der Unterschied zur obligación con cláusula penal zu suchen ist. Stehen bei der Wahlschuld zwei Leistungspflichten gleichrangig nebeneinander, so besteht bei der obligación con cláusula penal ein klares Stufenverhältnis, nämlich Subsidiarität. Beim Regelfall der obligación con cláusula penal steht dem Schuldner rechtlich gerade kein Wahlrecht zu, welche der beiden eingegangenen Verpflichtungen er erfüllen will, sondern er kann nur durch Begleichung der Hauptverbindlichkeit wirksam erfüllen; auch die freiwillige Zahlung der Strafe bleibt Nichterfüllung. Der Gläubiger seinerseits hat zunächst nur das Recht auf Erfüllung der Hauptverbindlichkeit.

Allerdings sind darüber auch die Gemeinsamkeiten nicht zu übersehen: In beiden Fällen, sowohl bei der obligación alternativa als auch bei der obligación con cláusula penal, hat es der Schuldner zwar nicht im rechtlichen, jedoch im wirtschaftlichen Sinne weitgehend in der Hand, ob er die eingegangene Hauptverpflichtung erfüllt oder die vereinbarte Strafe bezahlt. Sicherlich kann ihn der Gläubiger auf Erfüllung verklagen, jedoch liegt der wirtschaftliche Sinn der Vereinbarung einer Strafklausel ja gerade darin, eine solche zeit- und kostenaufwendige, mit den bekannten Prozeßrisiken belastete Klage zu vermeiden, so daß sich in den meisten aller Fälle der Schuldner genau ausrechnen kann, ob es für ihn nicht wirtschaftlich günstiger ist, die Hauptverpflichtung nicht zu erfüllen und damit - jetzt wieder im rechtlichen Sinne - vertragsbrüchig zu werden. Es mag bedauerlich sein, daß das Recht diese Möglichkeit zuläßt; es lenkt jedoch auch den Blick auf die Tatsache, daß das Vertragsrecht, wie es gerade in den Kodifikationen des 19.Jahrhunderts seinen

²³⁾ § 262 BGB, Art.72 OR, § 906 ABGB

Niederschlag gefunden hat, weniger von Wertvorstellungen als vom wirtschaftlichen Kalkül ausgeht. Besonders deutlich wird dies, wenn eine Strafklausel in Form einer "multa penitencial" oder eines "dinero de arrepentimiento" vereinbart wird. In diesem Fall hat der Schuldner - wie beim bereits bei Vertragsschluß entrichteten Reugeld (arras) - die auch rechtlich gebilligte Möglichkeit, nicht die Hauptverbindlichkeit zu erfüllen, sondern die Strafe zu entrichten (eine Vertragsgestaltung, die ja Art.1153 CC ausdrücklich gestattet) und sich damit der Pflicht zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit endgültig zu entledigen. Damit kann sich der Schuldner sicher ausrechnen, ob es für ihn wirtschaftlich günstiger ist, die eine oder die andere zu erfüllen: die gleiche Konstellation wie bei der echten Wahlschuld. Als Unterschied bleibt dann noch, worauf Espin mit Recht hinweist,²⁴⁾ die Akzessorietät: Geht der geschuldete Gegenstand der Hauptleistungspflicht ohne Verschulden des Schuldners unter, so wird er nicht nur von dieser Verpflichtung frei,²⁵⁾ sondern auch die Verpflichtung zur Leistung der Strafe erlischt.²⁶⁾ Geht hingegen im Falle der Wahlschuld einer der geschuldeten Gegenstände ohne Verschulden des Schuldners unter, ist der andere - und nur dieser - nach wie vor zu leisten.²⁷⁾

c) obligación facultativa

Die Grenze zur obligación facultativa ist schwieriger zu ziehen. Die ihr entsprechende Rechtsfigur des deutschen Rechts ist die Ersetzungsbefugnis des Schuldners.²⁸⁾

24) Espin Canovas, La cláusula penal en las obligaciones contractuales, R.D.P. 1946, S.145 ff. (151)

25) Art.1182 CC

26) Art.1155 CC

27) Art.1134 CC

28) Siehe dazu etwa Palandt-Heinrichs, § 262, Anm.3 d

Sie ist im spanischen Recht ebensowenig wie im BGB gesetzlich normiert, jedoch in ständiger Rechtsprechung des TS gewohnheitsrechtlich anerkannt.²⁹⁾

Charakteristikum des fakultativen Schuldverhältnisses ist, daß - im Gegensatz zur Alternativobligation - nur ein Gegenstand geschuldet ist, der Schuldner jedoch die Möglichkeit hat, nach seiner Wahl einen anderen Gegenstand zu leisten. Geht der - einzig geschuldete - Gegenstand des Fakultativschuldverhältnisses durch Zufall oder höhere Gewalt unter, so wird der Schuldner befreit.³⁰⁾ Bleibt hier dem Schuldner die Wahl des Leistungsgegenstandes freigestellt, so kann er sich im Falle der obligación con cláusula penal (zumindest nach dem gesetzlichen Leitbild) nicht durch Zahlung der Strafe befreien; der Gläubiger kann, solange diese möglich ist, weiter auf der Erfüllung bestehen.³¹⁾ Soweit ist der Unterschied klar. Die Schwierigkeit der Abgrenzung ergibt sich jedoch daraus, daß Art.1153 (1) CC ausdrücklich die Möglichkeit offen läßt, "etwas anderes" zu vereinbaren.³²⁾ Wird etwas anderes vereinbart, also die Möglichkeit, sich doch durch die Zahlung der Strafe von der Verbindlichkeit zu befreien, so wird aus der obligación con cláusula penal in der Tat - wie oben gesehen³³⁾ - eine "multa de arrepentimiento" oder "multa penitencial".³⁴⁾ Castán³⁵⁾ spricht da-

29) Nachweise bei Ruiz Vadillo (Lehrbuch), S.221, 239 (Note 18)

30) Art.1182 CC

31) Espín Canovas (oben Note 24), S.151

32) bei "ausdrücklichem" Vorbehalt, vgl. oben Note 21

33) oben III 2 a, dd

34) Espín Canovas (oben Note 24), S.151; Ruiz Vadillo, Algunas consideraciones sobre la cláusula penal, R.D.P.1975, S.374 (388)

35) Castán Tobeñas, Derecho Civil Español, comun y foral (6.Aufl.), Bd.II, S.503

von, daß sich diese Rechtsfigur dann der cláusula penal "annähert", ein Unterschied ist jedoch überhaupt nicht mehr auszumachen. Ruiz³⁶⁾ schreibt, eine solche Klausel sei dann vollkommen identisch mit dem, was man in Lehre und Rechtsprechung als cláusula penal bezeichne, so daß man sogar sagen könne, die multa penitencial sei auf dem Wege des Art.1153 (1) eben doch gesetzlich geregelt, nämlich als ein Sonderfall der obligación con cláusula penal. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Tribunal Supremo.³⁷⁾

d) obligación condicional

Die bedingten Schuldverhältnisse,^{37a)} wie "obligación condicional" zu übersetzen wäre, sind im Código Civil geregelt, und zwar

³⁶⁾ Ruiz Vadillo (oben Note 34), S.388

³⁷⁾ TS 21 - 2 - 1969: "Unsere Rechtsordnung läßt diese dreifache Zielrichtung der cláusula penal zu, indem sie ihr eine ... "Befreiungsfunktion" in Art.1153 Abs.1 (sog. multa poenitencialis) ... zuweist ..." (Der vollständige Leitsatz findet sich oben II 2 a)

^{37a)} vgl. § 158 BGB, Art.151 OR, § 696 iVm 897 ABGB

in den Art.1113 ff., also im Kapitel über die verschiedenen Arten der Schuldverhältnisse.³⁸⁾ Danach ist die bedingte Forderung eine Forderung, deren Bestehen vom Eintreten eines künftigen und

38) Art.1113:

Jede Verpflichtung, deren Erfüllung nicht von einem künftigen oder ungewissen Ereignis abhängt, oder aber von einem vergangenen Ereignis, das die Beteiligten nicht kennen, ist sofort eintreibbar.

Ebenso ist jede Verpflichtung, die eine auflösende Bedingung enthält, unbeschadet der Wirkungen ihres Eintritts eintreibbar.

Art.1114:

Bei bedingten Verpflichtungen hängt der Erwerb von Rechten und ebenso die Auflösung und der Verlust bereits erworbener Rechte von dem Ereignis ab, das die Bedingung ausmacht.

Art.1115:

Wenn der Eintritt der Bedingung allein vom Willen des Schuldners abhängt, ist die bedingte Verpflichtung nichtig. Hängt er vom Zufall oder vom Willen eines Dritten ab, dann ist die Verpflichtung gemäß den Bestimmungen dieses Gesetzbuches in jeder Hinsicht wirksam.

Art.1116:

Unmögliche Bedingungen und solche, die den guten Sitten zuwiderlaufen oder gesetzlich verboten sind, machen die Verbindlichkeit unwirksam, die von ihnen abhängt.

Die Bedingung, etwas Unmögliches nicht zu tun, gilt als nicht aufgestellt.

Art.1117:

Die Bedingung, daß irgendein Ereignis innerhalb einer bestimmten Zeit stattfindet, bringt die Verbindlichkeit zum Erlöschen, sobald die Zeit abgelaufen oder es schon unzweifelhaft ist, daß das Ereignis nicht stattfinden wird.

ungewissen Ereignisses abhängt.³⁹⁾ Es ist nun immer wieder behauptet worden,⁴⁰⁾ die obligación con cláusula penal sei ein solcherart "potestativ" bedingtes Schuldverhältnis: der Schuldner sei zur Zahlung der Strafe unter der Bedingung verpflichtet, daß er die Hauptverbindlichkeit nicht erfülle. Diese Ansicht verkennt jedoch das Wesen der cláusula penal in einem entscheidenden Punkt. Während es nämlich bei einem Schuldverhältnis unter einer Potestativ-Bedingung dem Schuldner freigestellt ist, die Bedingung herbeizuführen, ist der Schuldner der obligación con cláusula penal insoweit keineswegs frei, sondern er ist verpflichtet, die Hauptverbindlichkeit zu erfüllen. Im Falle der obligación con cláusula penal liegt das Interesse des Gläubigers darin, daß diese Hauptverbindlichkeit erfüllt wird. Dazu dient die cláusula penal als Druckmittel, während die Annahme eines bedingten Schuldverhältnisses die wirtschaftlich gewollte Gegenleistung zur bloßen Bedingung der (als an sich nur sekundär gewollten) Strafleistung machen würde.⁴¹⁾ Richtigerweise könnte man daher die Nichterfüllung höchstens als "condicio iuris" des Verfalls der Strafe betrachten.⁴²⁾

-
- 39) Art.1115 (2) CC; eingehend Manresa y Navarro (oben Note 2), Bd.VIII, 1 Art.1113 (S.309); zum deutschen Recht vgl. § 158 BGB
- 40) Nachweise bei Espín Canovas (oben Note 24), S.152, Note 27; Ruiz Vadillo Algunas consideraciones ... (oben Note 34), S.386
- 41) So auch die hM: Mucius Scaevola, Código Civil, Madrid 1902, Art.1152; Manresa y Navarro (oben Note 2), Art.1152; Espín Cánovas (oben Note 24), S.152; Castán Tobenas, Derecho civil español, comun y foral, Bd.III, S. 137; vgl. auch TS 21 - 3 - 1950
- 42) Albaladejo, Derecho civil, Barcelona 1970, S.601; Lobato, La cláusula penal ... (oben Note 19), S.113

e) fianza impropia

Während die Bürgschaft ("fianza"⁴³⁾) mit der obligación con cláusula penal zwar die Akzessorietät gemeinsam hat, sowie den Zweck, die Erfüllung einer anderen Verbindlichkeit zu garantieren, liegt bei ihr der Unterschied klar auf der Hand, wenn man die Person des Schuldners betrachtet: das Wesen der Bürgschaft liegt auch im spanischen Recht⁴⁴⁾ gerade darin, daß ein Dritter die genannte Garantie übernimmt, während bei der obligación con cláusula penal der Schuldner der Hauptverbindlichkeit mit dem der Strafe wesensnotwendig identisch ist.

Nicht so offenkundig liegt der Fall allerdings bei der sogenannten "fianza impropia" (uneigentliche Bürgschaft), auch "caución" (Kaution) oder "caparra" (unübersetzbar)⁴⁵⁾ genannt. Sie entspricht in etwa dem deutschen Begriff der Kaution⁴⁶⁾ und spielt auch in Spanien vor allem im Wohnungsmietrecht eine Rolle.⁴⁷⁾ Dementsprechend dient sie vor allem zur Sicherung der laufend entstehenden Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen. Ihr Hauptmerkmal ist gleichzeitig das Abgrenzungskriterium zur obligación con cláusula penal. Sie ist bei ordnungsgemäßer Beendigung des Vertrages in voller Höhe zurückzuerstatten.⁴⁸⁾ Demgemäß beinhaltet die Vereinbarung einer solchen Kaution nach ständiger Rechtsprechung keine cláusula penal.⁴⁹⁾

43) Art.1822 CC: Durch die Bürgschaft verpflichtet sich jemand, für einen Dritten zu zahlen oder zu erfüllen, falls dieser das nicht tut. ...

44) Vgl. z.B. Manresa y Navarro (oben Note 2), Art.1822

45) unübersetzbar; im Italienischen steht caparra für "Angeld", vgl.oben Note 5

46) Vgl. etwa Palandt-Bassenge, Überblick vor § 1204, Anm.3

47) Art.135 L.A.U. (Ley de Arrendamientos Urbanos, Gesetz über städtische Wohnungsmietverhältnisse vom 24.12.1964)

48) Vgl. TS 3 - 3 - 1956

49) TS 25 - 10 - 1932; TS 3 - 3 - 1956

f) pacto de interés

Der "pacto de interés" ist eine Verzinsungsabrede, vorzugsweise beim Darlehen.⁵⁰⁾ Wird eine Verzinsung für den Fall des Verzuges oder der Nichterfüllung versprochen,⁵¹⁾ so handelt es sich - trotz einiger wenig geglückter Abgrenzungsversuche⁵²⁾ - um einen Fall der cláusula penal, weil der Schuldner für den Fall, daß er die Hauptverbindlichkeit nicht oder nicht gehörig erfüllt, eine zusätzliche, akzessorische Verpflichtung übernimmt.⁵³⁾

Das Gesetz vom 23 - 7 - 1908 zur Bekämpfung des Wuchers⁵⁴⁾ erklärt wucherische Darlehensverträge für nichtig. Die Rechtsprechung prüft - gestützt auf die weite Fassung des Umgehungstatbestandes⁵⁵⁾ - in pragmatischer und praktisch wirksamer Weise

50) Art.1740 CC:

Durch den Darlehensvertrag übergibt eine Partei der anderen entweder eine nicht vertretbare Sache zur Benützung für eine gewisse Zeit u. gegen Rückgabe, in welchem Fall der Vertrag Leihe heißt, oder Geld oder eine andere vertretbare Sache, mit der Bedingung, eine andere der gleichen Art und Güte zurückzugeben; in diesem Fall behält der Vertrag einfach die Bezeichnung Darlehen.

Die Leihe ist notwendigerweise unentgeltlich. Das einfache Darlehen kann unentgeltlich sein oder eine Verzinsungsabrede ("pacto de interés" enthalten.

51) Vgl. Art.1108 CC

52) Vgl. Lobato (oben Note 19), S.117: nach dem Willen der Vertragsparteien Albaladejo (oben Note 42), Bd II - 1, S.251: nach den "Umständen" des Einzelfalles; ähnlich auch TS 24 - 3 - 1909

53) Siehe oben II 2 a; ebenso Gomez Calero, Contratos Mercantiles con Cláusula Penal, Madrid 1980, S.80

54) Meist nach dem damaligen Justizminister "Ley Azcárate" genannt; siehe dazu eingehend unten IV 2 d

55) Art.9:

Die Vorschriften dieses Gesetzes sind auf jedes Rechtsgeschäft anzuwenden, das dem Wesen nach einem Gelddarlehen gleichkommt, in welcher Form auch immer der Vertrag verborgen ist und welche Garantie auch immer für seine Erfüllung angeboten wird.

cláusulas penales, die Darlehen oder ähnliche Rechtsgeschäfte sichern, anhand der ley Azcárate.⁵⁶⁾

g) Verfallklausel

Ein interessanter - weil ungemein weitverbreiteter - Sonderfall d cláusula penal ist der sogenannte "pacto comisorio", was am ehesten mit "Verfallklausel" zu übersetzen ist. Gesetzlich geregelt ist der pacto comisorio nur beim Kauf.⁵⁷⁾ Solche Verfallklauseln finden sich fast gewohnheitsmäßig bei der Veräußerung von Wohnungseigentum. Ein - nur dem deutschen Juristen bei Immobilien ungewohnter - Eigentumsvorbehalt wird dabei mit einer Vertragsauflösungsklausel ("condición resolutoria") verbunden. Die bereits gezahlten Raten oder ein Teil davon verbleiben im Falle der Vertragsauflösung ("resolución") - die der Verkäufer unter bestimmten Bedingungen, die in der Regel genau festgelegt sind,⁵⁸⁾ erklären kann, wenn der Käufer mit den Kaufpreisen in Verzug gerät - dann regelmäßig beim Verkäufer. Dieser

56) Siehe dazu näher unten IV 2 d; der gesetzliche Zinssatz beträgt an sich 4 % (G.v. 7 - 10 - 1939). Bei einer Inflationsrate von (1980) ca 15 % werden aber an den Wuchertatbestand andere Maßstäbe als in Deutschland angelegt.

57) Art.1504 CC; vgl. dazu TS - 19 - 6 - 1979

58) 2 Beispiele:

"Dieser Vertrag beinhaltet, daß im Fall einer Nichteinhaltung seitens des Käufers die Zahlungsraten, die dieser dem Verkäufer bereits geleistet hat, im Besitz des Verkäufers bleiben und zwar ohne Verpflichtung des letzteren, sie zurückzuzahlen und ohne die Einholung einer gerichtlichen Entscheidung, da sie in diesem Falle dem Verkäufer als Entschädigung zustehen ..."

"In diesem Fall ist der Betrag von 40 000.- (vierzigtausend) westdeutsche Mark in seinem Gegenwert in Peseten, der in der Klausel 2 a) erwähnt wird und der zu diesem Zweck als Draufgabe oder Handgeld * anzusehen ist, zugunsten der Verkäuferin verfallen ..."

*Im spanischen Text (der Vertrag war in Deutsch und Spanisch abgefaßt) heißt es "arras o senal".

Betrag wird in den meisten Verträgen als "arras" oder "senal" bezeichnet.⁵⁹⁾ Die Rechtsprechung hält sich jedoch nicht an diese Bezeichnungen gebunden,⁶⁰⁾ sondern legt entsprechende Klauseln nach den allgemeinen Bestimmungen des CC über die Auslegung von Willenserklärungen aus⁶¹⁾ und kommt dabei zu dem Ergebnis, daß es sich hierbei in aller Regel um cláusulas penales handelt, bei denen die versprochene "Leistung" das Belassen der bereits bezahlten Raten beim Gläubiger ist.⁶²⁾

3) Funktionen der cláusula penal

a) Dualismus: poenale-liquidatorische Funktion

Durch die gesamte Rechtsgeschichte - nicht nur Spaniens - zieht sich bezüglich der Funktion der Vertragsstrafe ein klarer Dualismus. Die eine Funktion - die "poenale"⁶³⁾ - hat zum Ziel, den

59) Siehe die Beispiele in Note 58

60) Z.B. TS 19 - 6 - 1979: "... obwohl die Erstinstanz den Verfall irrtümlich als 'arras o senal' bezeichnet hat, ..."

61) Siehe zur Auslegung näher unten IV 2 a

62) TS 5 - 6 - 1945; TS 7 - 7 - 1978; TS 19 - 6 - 1979

63) Wenn im Schrifttum von "poenaler" Funktion der Vertragsstrafe gesprochen wird, ist damit in Wirklichkeit meist die Zwangs- oder Druckfunktion (función coercitiva) gemeint; so die frühe Lehre zum BGB (z.B. Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, S.151); eine rein poenale Funktion hätte die Strafe nur als privat-strafrechtliche Genugtuung, wie sie es in bestimmten Phasen der Rechtsgeschichte auch tatsächlich war; so noch in jüngerer Zeit etwa Cosack-Mitteis, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 8.Aufl.1927, S.404.

Schuldner mit der Strafandrohung zur gehörigen Erfüllung seiner Verpflichtung anzuhalten. Sie ist also ein Mittel der Garantie, eine Kreditsicherheit ähnlich der Bürgschaft im Bereich der Obligationen oder Pfand und Hypotheken im Bereich der dinglichen Sicherheiten. Im Gegensatz zu diesen jedoch - soviel läßt sich bereits auf den ersten Blick sagen, kumuliert sie deren Nachteile: weder tritt ein weiterer Schuldner hinzu wie bei der Bürgschaft, noch erlangt der Gläubiger eine dingliche Sicherung. Die andere Funktion - die sog. "liquidatorische"⁶⁴⁾ - hat zum Ziel, dem Gläubiger im Fall der Nichterfüllung seitens des Schuldners zum einen überhaupt den - oft nicht einfachen - Nachweis zu ersparen, daß überhaupt ein Schaden entstanden sei, zum anderen einen Prozeß hierüber - mit all den bekannten Risiken und Zeitverlusten für den Gläubiger - führen zu müssen.

b) Der Code Napoléon

Der Code Napoléon, aus dem Art.1152 CC sinngemäß entnommen ist, läßt nach dem bloßen Gesetzestext beide Funktionen zu.⁶⁵⁾ Die in Frankreich ganze hM jedoch folgt - im Anschluß an Dumoulin und Pothier⁶⁶⁾ - der These von der rein liquidatorischen Funktion der clause pénale.⁶⁷⁾

64) "función liquidatoria"

65) Vgl. Art.1226 einerseits, 1229 andererseits (oben Noten 8 und 56)

66) Pothier, Traité des obligations, Paris 1768, Nr.342; Dumoulin, Tractatus de eo quod interest, op.omn. Bd.III, Paris 1681, Nr.156

67) Siehe die Bibliographie bei Lindacher, Phänomenologie der Vertragsstrafe, Frankfurt 1972, S.40 (Note 96)

c) Die spanische Theorie

In der spanischen Theorie sind die Stellungnahmen bei weitem nicht so eindeutig. Der spanische Gesetzestext läßt in weiterem Maße als der französische freie vertragliche Gestaltungen zu, indem er die gesetzliche Regelung, daß die Strafe an die Stelle des Schadensersatzes tritt (also ein liquidatorisches Konzept), selbst ausdrücklich als dispositiv bezeichnet: "soweit nichts anderes vereinbart wird", sagt Art.1152 CC. Dementsprechend wird in der spanischen Lehre eine Klassifikation danach vorgenommen, ob die Strafe im Falle der Nichterfüllung an die Stelle des Schadensersatzes treten soll, wie es der gesetzliche Regelfall vorsieht⁶⁸⁾ ("pena sustitutiva"), wenn keine andere Vereinbarung getroffen ist, oder ob die Strafe zusätzlich zur Hauptforderung, bzw. zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden kann ("pena cumulativa"); diese Möglichkeit läßt das Gesetz ausdrücklich offen.⁶⁹⁾ Die pena sustitutiva ist in aller Regel nur für den Fall der Nichterfüllung denkbar,⁷⁰⁾ während die pena cumulativa sowohl für den Fall des Verzuges⁷¹⁾ als auch für den Fall der Nichterfüllung vorkommt.

Erst innerhalb dieses Rasters ist dann eine Gliederung nach der Funktion vorzunehmen, wobei sich allerdings die Begriffe zum Teil überschneiden:

Die pena cumulativa, als "härteste" Form der Vertragsstrafe, hat, je nach zeitlichem Ablauf zunächst eine

68) Art.1152 (1) CC

69) Art.1152 (1) CC: "... wenn nichts anderes vereinbart ist".

70) Allerdings kann der Verzug dem Gläubiger ein Recht zur Vertragsauflösung ("resolución") geben; das ist bei den "pactos comisorios" (oben III 2 g) der Fall.

71) Man spricht dann von "pena moratoria", vgl. etwa Lobato (oben Note 19), S.126; Espín Canovas (oben Note 24), S.162

- Zwangs- oder Garantiefunktion, weil sie den Schuldner, der nicht erfüllen will, dem Druck aussetzt, nicht nur den Schadensersatz, sondern noch eine zusätzliche Leistung zu schulden.

Nachdem die Nichterfüllung feststeht, übt sie eine rein

- poenale, also strafende Funktion aus, d.h. sie ist eine zivilrechtliche Sanktion gegen den Schuldner.

Ist sie für den Fall des Verzuges vereinbart, so wirken ab Eintritt des Verzugsfalls⁷²⁾ ,

- beide Funktionen zusammen, weil einerseits die Sanktion verwirkt ist, aber andererseits der Erfüllungsdruck auf den Schuldner anhält, möglicherweise mit weiterem Zeitablauf sogar stärker wird.⁷³⁾

Bei der pena substitutiva (gesetzlicher Regelfall) steht die

- liquidatorische Funktion im Vordergrund. Die Höhe des Schadensersatzes wird mit ihr von vornherein fingiert. Damit fällt das gesamte Moment der Unwägbarkeit der Folgen einer Nichterfüllung für den Schuldner - aber auch für den Gläubiger - weg. Es liegt auf der Hand, daß bei dieser Gestaltung für den vertragsuntreuen Schuldner die Versuchung entsteht, die Folgen eines Rechtsbruchs zu kalkulieren.

72) Ein typischer Fall der Konventionalstrafe: "... für jeden Tag des Verzuges ist ein Betrag von Pts 50.000 als Konventionalstrafe verwirkt; ab dem 6.Tag ein Betrag von Pts 80.000" usw.

73) wenn der Betrag der Strafe mit Zeitablauf progressiv ansteigt, vgl. z.B. oben Note 72

Auch die pena substitutiva kann aber eine

- Zwangs- bzw. Garantiefunktion wie auch (nach Nichterfüllung) eine
- poenale Funktion übernehmen, nämlich dann, wenn die vorweggenommene Schadensschätzung, die in der Vereinbarung einer Substitutivstrafe liegt, so hoch ist, daß es für den Schuldner wirtschaftlich günstiger ist, den Vertrag zu erfüllen, als die Strafe zu zahlen. Hier zeigt sich jedoch, daß die substitutive Strafe diese Zwangsfunktion nur unvollkommen erfüllen kann: Es ist eben oft nicht absehbar, wie hoch schließlich der Anreiz für den Schuldner sein wird, vertragsbrüchig zu werden (etwa in Form eines später von dritter Seite gebotenen höheren Preises).⁷⁴⁾

Eine echte "función coercitiva" für jeden denkbaren Fall kann

74) Auf dem gleichen Standpunkt steht die Rechtsprechung des Tribunal Supremo. Sie bezeichnet als cláusula penal "im engeren Sinne" nur die kumulative Strafe. Nur diese erfülle eine in Wahrheit "poenale" (also indem hier vertretenen Sinne "koerzitive") Funktion, während die Befreiungs-(also Reugeld-) und die liquidatorische Funktion zwar in der gesetzlichen Regelung ihren Platz hätten; Klauseln mit derartiger Funktion könnten aber lediglich als cláusulas penales "im weiteren Sinne" bezeichnet werden (TS 21 - 2 - 69; im Wortlaut oben II 2 a); ähnlich schon TS 7 - 12 - 1959; TS 13 - 6 - 62; TS 29 - 4 - 65, TS 13 - 10 - 66; siehe auch neuestens TS 7 - 7 - 1978.

daher nur die kumulative Strafe übernehmen.⁷⁵⁾ Allerdings ist zu beachten, daß im Falle der substitutiven Strafe, wenn der eingetretene Schaden die Höhe des in Form der Strafe vorweggenommenen Schadensersatzes übersteigt, keine Arglist des Schuldners im Spiel sein darf. Weist nämlich der Gläubiger dem Schuldner in diesem Fall solche Arglist nach, so ist die Strafklausel wegen Verstoßes gegen zwingende Gesetzesnormen⁷⁶⁾ nichtig.⁷⁷⁾ Der Gläubiger bekommt also zumindest in diesen Fällen nie weniger als den ihm tatsächlich entstandenen Schaden. Wenn er diesen im Ernstfall auch nachweisen kann, behält somit die "Spekulation" mit

75) So ausdrücklich Espín Canovas (oben Note 24), S.153, wenngleich er einräumt, daß die cláusula penal auch diese Funktion erfüllen könne, nur sei sie dann nicht eine "echte" cláusula penal, sondern in Wirklichkeit eine Schadenspauschalierungsabrede. Eine "echte" cláusula penal liege nur in zwei Fällen vor: entweder sei die Schadenspauschale so hoch festgesetzt, daß sie mit Sicherheit oder zumindest großer Wahrscheinlichkeit den aus der Nichterfüllung möglicherweise entstehenden Schaden bei weitem übersteige - dann überwiege aber wieder der Druck auf den Schuldner, unter allen Umständen zu erfüllen, weil er andernfalls mit der Strafe als Sanktion zu rechnen hat -, oder die Strafe werde eben zusätzlich zum Schadensersatz im Falle der Nichterfüllung vereinbart ("pena cumulativa"); ähnlich Ruiz Vadillo (oben Note 34), S.390; Lobato (oben Note 19), S.123; Albaladejo (oben Note 42), S.186; Castán Tobeñas (oben Note 41), Bd.III, S.130; Diez-Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Madrid 1970, S.574.

76) Art.1102 CC iVm Art.1107 (2) CC

77) Ruiz Vadillo (oben Note 34), S.391

einer cláusula penal für ihn insoweit ihren Reiz, weil er sich solange er hoffen kann, der tatsächliche Schaden bleibe unter der Summe der cláusula penal - sich nicht auf die Nichtigkeit berufen wird⁷⁸⁾ und dann besser abschneidet, als wenn er nur den - dann ja niedrigeren - tatsächlichen Schaden ersetzt bekäme.⁷⁹⁾

Schließlich umfaßt die gesetzliche Regelung auch noch die sogenannte

- Befreiungsfunktion. Wenn dies ausdrücklich vereinbart, hat der Schuldner ein erlaubtes Mittel, sich vom bereits geschlossenen Vertrag durch Zahlung einer bestimmten Summe zu lösen. Diese Funktion ist dem Konzept der Vertragsstrafe an sich wesensfremd; es handelt sich hierbei um eine typische Reugeld-Vereinbarung.⁸⁰⁾ Entsprechende Strafen werden daher oft bei Verfallklauseln "arras" oder "señal" genannt, bei Zahlung nach Nichterfüllung und/oder Vertragsauflösung "multa penitencial". Nichtsdestoweniger bilden sie im spanischen Recht eine Kategorie der cláusulas penales⁸¹⁾ und unterliegen damit der für diese geltenden gesetzlichen Regelung.⁸²⁾

78) Die Nichtigkeit tritt in diesen Fällen nämlich nicht ipso iure ein, sondern ist klageweise geltend zu machen: Art.1300 ff. CC

79) Eine in der Praxis ebenfalls sehr beliebte Mißbrauchsmöglichkeit liegt darin, daß große Unternehmen als Schuldner eine sehr niedrige Vertragsstrafe liquidatorischer Art versprechen; dies läuft praktisch auf einen Haftungsausschluß hinaus (vgl. dazu Jayme/Sacher (oben I, Note 49))

80) Vgl. dazu oben III 2 a dd, 2 g

81) Siehe dazu die oben (Note 74) genannten Urteile, insbesondere TS 7 - 7 - 1978

82) Art.1152 ff. CC

d) Zusammenfassung

Nach der von der Theorie und Rechtsprechung übereinstimmend vertretenen Auffassung ist der vom Gesetz vorgesehene Regelfall die "pena substitutiva". Diese tritt per definitionem legis an die Stelle des Schadensersatzes; ihr kommt daher von der Intention des Gesetzes eine eindeutig liquidatorische Funktion zu. Daneben läßt das Gesetz nach zwei Seiten Abweichungen von der dispositiven Regelung zu. Zum einen kann vereinbart werden, daß die Strafe neben den Schadensersatz tritt (pena cumulativa). Diese "härteste" Form der cláusula penal hat eine eindeutig poenale/koerzitive Funktion. Im Stadium vor der Erfüllung übt die dementsprechende Aussicht auf diese harte Sanktion naturgemäß eine starke Zwangswirkung auf den Schuldner aus (koerzitive Funktion). Sie übt insofern also Druck auf den Schuldner aus und dient damit dazu, die zugrundeliegende Hauptforderung zu verstärken. Sobald die Strafe verwirkt ist, verwandelt sich dieser Druck in eine Sanktion.

Die andere Abweichung vom gesetzlichen Regelfall ergibt sich aus der Möglichkeit, die - wiederum für den Fall einer entsprechenden Vereinbarung - Art.1153 sowohl dem Gläubiger als auch dem Schuldner bietet, nämlich sich durch Zahlung der Strafe vom geschlossenen Vertrag "loszukaufen". In diesem Fall handelt es sich um eine (entweder einseitige, oder gegenseitige) Reugeld-Vereinbarung (multa penitential bzw. arras/senal). Eine solche Vereinbarung erfüllt eine von den beiden oben angesprochenen wesensverschiedenen Funktionen, nämlich eine - wie es in der Terminologie des Tribunal Supremo heißt - "Befreiungsfunktion".

IV. Der Schutz des Schuldners vor mißbräuchlichen cláusulas penales im spanischen Recht

1) Vorbemerkung

Entsprechend der späteren Zielsetzung, anhand eines funktionellen Vergleichs die Intensität und die Art des Schutzes der schwächeren Vertragspartei am vorliegenden Beispiel zu untersuchen, soll hier der Begriff des "Schuldnerschutzes" in einem untechnischen Sinne möglichst weit gefaßt werden. Dabei sollen die Instrumente geprüft werden, die in der Praxis der Anwendung der cláusula penal zugunsten des Schuldners wirken.

2) Die einzelnen Instrumente

a) Restriktive Auslegung

In aller Regel nehmen die Parteien, die eine cláusula penal vereinbaren, eine Floskel in den Vertrag auf, in der sie die betreffende Klausel ausdrücklich als "cláusula penal" bezeichnen.¹⁾ Ist dies nicht der Fall, so entsteht die häufig den Gerichten vorliegende Streitfrage, ob es sich bei einer bestimmten Klausel überhaupt um eine cláusula penal handelt, denn nach der ständigen Rechtsprechung des Tribunal Supremo,²⁾ dessen Ansicht auch von der Lehre³⁾ geteilt wird, braucht auch eine ausdrücklich als solche bezeichnete Klausel dies mitnichten zu sein. Das Instrument der Rechtsprechung zur Abgrenzung ist hierbei die Ausle-

-
- 1) Die Formel am Schluß einer Vertragsklausel: "... considerandose ésta como cláusula penal, teniendo lo anterior valor de c.p." (... und gilt dies als Strafklausel) findet sich fast stereotyp bei der großen Mehrzahl aller derartigen Verträge.
 - 2) Oben II, Note 74; neuestens TS 4 - 6 - 1979
 - 3) Vgl. z.B. Albaladejo, Derecho Civil, Barcelona 1970, S.181 f.; Lobato, La cláusula penal en el Derecho español, Pamplona 1974, S.140

gung,⁴⁾ und zwar anhand der Funktion der betreffenden Klausel. Eine solche Auslegung findet in zwei Richtungen statt: zum einen zur Klärung der Frage, ob es sich überhaupt um eine cláusula penal handelt; zum anderen zur Abgrenzung, welche der Arten der cláusula penal im einzelnen vorliegt, die ja verschiedene Rechtsfolgen nach sich ziehen.

In beiden Richtungen ist diese Auslegung in einer seit Jahrzehnten gefestigten Rechtsprechung erklärtermaßen restriktiv.⁵⁾ Ihre Grundlage findet diese restriktive Haltung der Gerichte hinsichtlich der Frage, ob überhaupt eine cláusula penal vorliegt, angesichts der gravierenden Folgen in dem Grundsatz "odiosa sunt restringenda".⁶⁾ Was die Auslegung der Klausel selbst angeht, findet die restriktive Haltung der Gerichte ihre Stütze im Gesetz selbst: die für den Schuldner härteste Form der Vertragsstrafe, die pena cumulativa, ist nur anzunehmen, wenn ein dahingehender Wille der Vertragsparteien "klar" zum Ausdruck gekommen ist.⁷⁾ Damit trägt die Rechtsprechung dem Umstand Rechnung, daß das Gesetz als Regelfall und Leitbild die pena substitutiva gewählt hat, die zwar ebenfalls poenale Funktion haben kann, jedoch den Schuldner nicht so hart trifft, wie eine zusätzlich zum Schadensersatz geschuldete Strafe.

-
- 4) So schon TS 6 - 2 - 1906: "... da sich das Vorliegen einer c.p. im Sinne des Art. 1152 nicht immer aus einer speziellen Formel, die sie als solche bezeichnet, ergeben kann, sondern auch aus ihrem Wesen selbst in Bezug zu der Verpflichtung, die mit ihr sanktioniert ist, ist es offenkundig, daß die Gerichte in jedem konkreten Fall anhand der Natur der Verpflichtung und der zu ihr gehörenden Bedingungen beurteilen können, ob eine solche Vereinbarung hinsichtlich ihrer Rechtswirkungen eine Vertragsstrafe darstellt..."
- 5) Hinsichtlich des Ob z.B. TS 3 - 3 - 1956: "... für die Annahme einer Strafklausel muß in klarer und eindeutiger Weise der Wille der Vertragsschließenden feststehen; ist dies nicht der Fall, so ist restriktiv zu entscheiden." Hinsichtlich der Frage nach der Funktion TS 13 - 6 - 1906 (oben Note 4); ähnlich TS 19 - 6 - 1941 (restriktiv bei Zweifel, ob kumulativ oder substitutiv); später meist nur noch mit einem lapidaren Satz unter Hinweis auf die eigene ständige Rechtsprechung: neuestens TS 26 - 10 - 1978 und 4 - 6 - 1979 m.w.N. aus der Rspr.
- 6) Lobato (oben Note 3), S. 141

b) Verschulden oder Zurechenbarkeit ("imputabilidad")

Das Gesetz spricht in Art.1152 (2) CC davon, daß die Strafe nur verlangt werden kann, wenn sie nach den Vorschriften dieses Gesetzes verwirkt ist und erweckt damit den Eindruck, daß es weitere spezielle Vorschriften über die Verwirkung der Vertragsstrafe gibt. Dies ist jedoch nicht der Fall. Gemeint ist vielmehr, daß der Umstand, für dessen Eintreten die Strafe versprochen ist (also in der Regel Nichterfüllung, Schlechterfüllung, Verzug), auf Verschulden des Schuldners zurückzuführen sein muß,⁸⁾ genau wie dies auch bei der Verpflichtung zum Schadensersatz der Fall ist. Den Maßstab für das Verschulden gibt Art. 1104 CC.⁹⁾ Nur bei Vorliegen eines solchen Verschuldens kann die Strafe verlangt werden.¹⁰⁾ Aber auch eine Garantiehafung ist möglich, d.h. es kann vereinbart werden, daß der Schuldner auch dann haftet, wenn ihn an der Nichterfüllung etc. kein Verschulden trifft. Allerdings ist dies ausdrücklich zu vereinba-

7) Art.1153 CC

8) Analog Art.1101, 1105 CC; vgl. z.B. Puig Pena, Tratado de Derecho Civil Español, Madrid 1951, S.81; Albaladejo (oben Note 3), S.185

9) Art.1104 CC:

Das Verschulden oder die Fahrlässigkeit des Schuldners besteht im Unterlassen derjenigen Sorgfalt, die das Wesen des Schuldverhältnisses erfordert und den Umständen der Personen, der Zeit und des Ortes entspricht.

Wenn das Schuldverhältnis die Sorgfalt, die bei seiner Erfüllung zu walten hat, nicht ausdrückt, so ist diejenige Sorgfalt erforderlich, die der eines guten Familienvaters entspricht.

10) TS 21 - 11 - 1913; 19 - 12 - 1930; 5 - 11 - 1956; 27 - 12 - 1957; 27 - 9 - 1961; 29 - 4 - 1965

ren;¹¹⁾ bei irgendwelchen Unklarheiten oder Zweifeln unterfällt auch eine solche Klausel der restriktiven Auslegung.

c) Die Herabsetzung durch den Richter¹²⁾

aa) Der Código Civil:

Nach Art.1154 CC hat der Richter die Strafe nach dem Grundsatz der Billigkeit herabzusetzen, wenn die Hauptverpflichtung teilweise oder mangelhaft erfüllt worden ist. Nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift ("modificará"; das Futurum drückt in der spanischen Rechtsterminologie stets einen Imperativ aus) handelt es sich hierbei nicht nur um eine Befugnis, sondern um eine Verpflichtung des Richters, der er auch ohne besonderen Antrag nachzukommen hat.¹³⁾ Anders als im deutschen Recht hat diese Herabsetzung nicht nur im Falle einer überhöhten Strafe, sondern immer dann stattzufinden, wenn der Schuldner bereits Teilleistungen oder eine Schlechterfüllung erbracht hat.¹⁴⁾ Andererseits besteht auch keinerlei Befugnis zur Herabsetzung, wenn überhaupt noch nichts geleistet worden ist, auch wenn die Strafe ganz offensichtlich

11) Lobato (oben Note 3), S.162; Puig Peña (oben Note 8), S.81; Albaladejo (oben Note 3), S.184

12) Vgl. hierzu in deutscher Sprache Rau, Richterliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe nach spanischem Recht, RiW/AWD 1978, 23

13) Ständige Rechtsprechung:

TS 30 - 1 - 32; 10 - 12 - 32; 19 - 6 - 1941; 8 - 1 - 1945; 21 - 6 - 1950; 3 - 1 - 1964; 1 - 12 - 1965; 30 - 6 - 1973; 6 - 10 - 1976; 6 - 10 - 1978

a.A.: TS 17 - 5 - 1934, wonach es sich nur um eine "Befugnis" des Richters handle. Dieses Urteil ist ein Einzelfall geblieben, vgl. Lobato (oben Note 3), S.171

14) St.Rsp., vgl. oben Note 13; siehe auch OLG Sevilla, Urt. vom 4 - 10 - 1977, AP 1977 II, Nr.245

überhöht¹⁵⁾ ist. Dies ist allerdings nicht ganz unumstritten, wenngleich der einzige gegenteilig entschiedene Fall offensichtlich einen speziellen Sachverhalt betraf.¹⁶⁾

Die Herabsetzung hat nach dem Grundsatz der Billigkeit ("equitativamente") zu erfolgen. Hierzu gibt es eine umfangreiche und ständige Rechtsprechung.¹⁷⁾ Danach hat der Richter die Strafe nach billigem Ermessen¹⁸⁾ herabzusetzen. Konkrete Kriterien für dieses billige Ermessen¹⁹⁾ sind der Grad des Verschuldens und die Intensität des angerichteten Schadens.²⁰⁾ Dabei wird bei teilweiser Erfüllung das Verhältnis zwischen dem bereits Geleisteten und der geschuldeten Gesamtleistung zugrundegelegt, bei Schlechterfüllung das Interesse und der Wert, den die Schlechtleistung für den Gläubiger hat.²¹⁾

-
- 15) Ständige Rspr. vgl.: TS 21 - 6 - 1950; 28 - 2 - 1958; 12 - 3 - 1965; 13 - 4 - 1971; 6 - 10 - 1978; 6 - 2 - 1979; Albaladejo (oben Note 3), S.190; Lobato (oben Note 3), S.171, Note 348
- 16) TS 5 - 11 - 1956: "... (dem Senat) steht das Recht zu, die Strafe nicht nur in den Fällen der teilweisen oder Schlechterfüllung herabzusetzen, sondern auch dann, wenn in bestimmten Fällen ihre Wirkungen überhöht sind." Dem konkreten Fall lag offensichtlich ein Sachverhalt zugrunde, der an sich unter die "Ley Azcárate" gefallen wäre (vgl. dazu unten d); vgl. auch Rau (oben Note 12), S.25 N.36
- 17) TS 16 - 1 - 1910; 14 - 3 - 1922; 31 - 10 - 1922; 8 - 1 - 1932; 30 - 1 - 1932; 7 - 5 - 1934; 8 - 1 - 1945; 21 - 5 - 1948; 27 - 9 - 1955; 11 - 3 - 1957; 3 - 1 - 1964; 25 - 6 - 1964; 30 - 6 - 1973; OLG Sevilla 4 - 10 - 1977 (oben Note 14)
- 18) "arbitrio de equidad", vgl. näher z.B. TS 8 - 1 - 1932
- 19) Zum Begriff des "equidad" im spanischen Recht vgl. das Grundsatzurteil TS 29 - 11 - 1889
- 20) TS 8 - 1 - 1945
- 21) Vgl. Lobato (oben Note 3), S.178; Rau (oben Note 12), S.25

Aus dem Rahmen fallend (aber im semantischen Sinne vom Gesetz gedeckt: "modificará") sind Urteile, die nicht eine betragsmäßige Reduktion der Strafe vornehmen, sondern diese in einem anderen Sinne "modifizieren". Man räumt nämlich dem in Verzug befindlichen Schuldner²²⁾ eine Frist ein, innerhalb derer er seine Zahlungen auf dem Laufenden zu bringen hat.²³⁾ Diese Art der "Modifikation" wird in der Lehre mit dem Argument angegriffen, mit der Modifikation sei ausschließlich eine betragsmäßige Herabsetzung gemeint.²⁴⁾

bb) Sonderfall: Das Recht von Navarra

Soweit auf einen Fall das Foralrecht von Navarra²⁵⁾ Anwendung findet, ergibt sich (theoretisch!) eine vollständig andere Lage. Wie Ley 518²⁶⁾ feststellt, findet dort weder im Fall der Teil- oder Schlechterfüllung, noch bei offensichtlich überhöhter Festsetzung der Strafe eine Herabsetzung statt, sie ist durch die genannte Vorschrift sogar ausdrücklich ausgeschlossen. Der Schuldner ist in diesen Fällen höchstens durch andere Rechtsbehelfe wie Nichtigkeit wegen Wu-

22) der damit die Strafe verwirkt hat

23) So z.B. das Urteil TS 19 - 5 - 1958: "... eine der möglichen Formen, selbige (gemeint ist: die Moderation) auszuführen, ist die Zubilligung einer Frist für den Schuldner, um mit seinen Zahlungsverpflichtungen auf dem Laufenden zu kommen."

24) Albaladejo (oben Note 3), S.192; Lobato (oben Note 3), S.188

25) Vgl. dazu oben II 1 b und II 2 c

26) Wortlaut: oben II 1 b

chers²⁷⁾ oder Läsion²⁸⁾ geschützt.²⁹⁾ In der Praxis allerdings behilft sich die Rechtsprechung mit einem Kunstgriff: Nimmt der Gläubiger eine Teilleistung an, so wird vermutet, daß er damit auf die Geltendmachung der Strafe insoweit verzichtet, als sie proportional dem Wert des bereits geleisteten Teils entspricht.³⁰⁾ Dies entspricht der Regelung des Art. 1154 CC, die somit durchgesetzt wird, ohne formal das (strenge) Foralrecht außer Kraft zu setzen.

cc) Handelsrechtliche Verträge

Anders als im deutschen Recht³¹⁾ ergibt sich hier keine Besonderheit gegenüber dem Código Civil. Art. 1154 CC gilt auch für handelsrechtliche Verträge.³²⁾

27) dazu unten d)

28) Ley 499 der Comp. Foral de Navarra (oben II 1 b). Danach kann einen Vertrag anfechten, wer aus Unerfahrenheit oder dringender Not gehandelt hat wenn der Wert der Gegenleistung weniger als die Hälfte der eigenen Leistung beträgt ("laesio ultra dimidium").

29) Die Begründung, die García-Granero u.a. (oben II 1 b Note 6) für diese massive Begünstigung des Gläubigers geben (sie findet sich wieder bei Lobato (oben Note 3, S.172) und Rau (oben Note 12), S.26), es handle sich dort um wirtschaftlich starke Schuldner, stellt die viel plausible Annahme auf den Kopf, daß dort noch mehr als im Rest Spaniens die Interessen der Gesetzgebung sehr lange Zeit mit denen der wirtschaftlich Mächtigen parallel liefen.

30) So neuestens TS 17 - 5 - 1980

31) § 348 HGB

32) TS 26 - 10 - 1934; auch den Fällen TS 30 - 6 - 1973, TS 6 - 10 - 1978 und TS 17 - 5 - 1980 lagen offensichtlich handelsrechtliche Verträge zugrunde, ohne daß dies aus dem Sachverhalt zweifelsfrei hervorgeht.

d) Nichtigkeit der cláusula penal

Eine Nichtigkeit³³⁾ der cláusula penal kann sich unter zwei verschiedenen Aspekten ergeben: zum einen kann die Klausel selbst nichtig sein (das berührt die Hauptverpflichtung nicht, Art. 1155 (2)), zum anderen kann die cláusula penal aufgrund ihrer Akzessorietät deswegen nichtig sein, weil es die Hauptverpflichtung ist (Art. 1155 (1)). Dabei umfaßt der Begriff "Nichtigkeit" im Sinne des Art. 1155 alle Arten von Nichtigkeit im Sinne des spanischen Rechts.³⁴⁾ Der erste Fall taucht vor allem unter einem Gesichtspunkt in der Rechtsprechung auf: Häufig verbirgt sich nämlich hinter einer cláusula penal in Wirklichkeit ein wucherisches Darlehen. Solche Wucherdarlehen sind nach der "Ley Azcárate"³⁵⁾ mit Nichtigkeit belegt. Dieses Gesetz versucht in seinem Art. 9³⁶⁾ möglichen Umgehungen so weit wie möglich vorzubeugen, indem es seine Anwendbarkeit auf alle Rechtsgeschäfte ausdehnt, die "ihrem Wesen nach einem Gelddarlehen gleichkommen". Die Rechtsprechung hat deshalb neben anderen Rechtsgeschäften auch cláusulas penales unter diese Vorschrift subsumiert und folgerichtig für nichtig erklärt.³⁷⁾ Leider wird nicht immer ganz klar, daß es sich bei solchen Klauseln - worauf Lobato mit Recht hinweist³⁸⁾ - dann nicht um cláusulas penales, sondern eben um

-
- 33) "Nulidad" kann sowohl "Nichtigkeit" im deutschen Sinne, wie auch "Ver-nichtbarkeit" (klageweise geltend zu machen, Art. 1300 ff. CC) bedeuten; vgl. oben II, Note 24
- 34) Lobato (oben Note 3), S. 194; vgl. auch oben Note 33
- 35) "Gesetz zur Bekämpfung des Wuchers" vom 23 - 7 - 1908; siehe dazu näher oben III, 2 f, und Note 55
- 36) "Die Vorschriften dieses Gesetzes sind auf jedes Rechtsgeschäft anzuwenden, das dem Wesen nach einem Gelddarlehen gleichkommt, in welcher Form auch immer der Vertrag verborgen ist und welche Garantie auch immer für seine Erfüllung angeboten wird."
- 37) So z.B. noch TS 5 - 11 - 1955
- 38) Lobato (oben Note 3), S. 181 und 197

Darlehensklauseln handelt, so daß strenggenommen nicht die cláusula penal nichtig ist, sondern der Darlehensvertrag. Hieraus wird verständlich, daß in älteren Urteilen³⁹⁾ in solchen Fällen der Anwendung der "Ley Azcárate" die "cláusula penal" nicht für nichtig erklärt wurde, sondern stattdessen - systemwidrig - herabgesetzt wurde, obwohl überhaupt noch nichts geleistet worden war.⁴⁰⁾

Die cláusula penal kann zum anderen wegen ihrer Akzessorietät zur Hauptforderung nichtig sein, wenn diese es ist. Das ist vor allem beim Verstoß gegen zwingende Normen,⁴¹⁾ gegen die öffentliche Ordnung,⁴²⁾ die guten Sitten,⁴³⁾ bei Arglist,⁴⁴⁾ Täuschung, Drohung, Irrtum⁴⁵⁾ oder gesetzlichen Verboten⁴⁶⁾ der Fall.

Hierher gehört auch der Fall, daß die cláusula penal eine Verpflichtung sichert, die nach dem Recht von Navarra - falls dieses Anwendung findet⁴⁷⁾ - der laesio ultra dimidium gemäß Ley 499 unterfällt.⁴⁸⁾

39) TS 16 - 1 - 1910; 5 - 2 - 1914; 3 - 7 - 1915; 31 - 10 - 1932

40) Vgl. dazu oben Note 16 . Perez Gonzales y Alguer (Anm. zu Enneccerus-Lehmann, S.191 f.) schließen daraus, daß der Richter in diesen Fällen des Wuchers die Strafe auch dann ermäßigen kann, wenn noch gar nichts geleistet ist. Richtig ist, daß dann die ganze Klausel für nichtig zu erklären ist; so auch Lobato (oben Note 3), S.194

41) Art.6 Nr.3 CC

42) Art.6 Nr.4 CC

43) Art.1301 CC

44) Art.1275 CC

45) Es sei nochmals auf die verschiedenen Arten der "nulidad" hingewiesen; vgl. näher oben Note 33 und oben II, Note 24

46) Vgl. oben Note 44

47) Vgl. oben II 1 b und II 2 c

48) Vgl. oben Note 28

Schließlich kann die cláusula penal deswegen unwirksam sein, weil sie durch stillschweigende Aufhebung bereits erloschen ist. Mit der Annahme einer solchen stillschweigenden Aufhebung ist die Rechtsprechung relativ großzügig; sie liegt bereits dann vor, wenn - insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen - der Gläubiger nach der Verwirkung der Strafe weitere Teilleistungen des Schuldners angenommen hat oder neu mit ihm verhandelt hat.⁴⁹⁾ Die Rechtsprechung nimmt in diesen Fällen eine Novation des alten Vertrages ohne die cláusula penal an.⁵⁰⁾

3) Cláusulas penales und verwandte Rechtsfiguren in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

a) AGB im spanischen Recht

Von einigen Ausnahmen abgesehen,⁵¹⁾ hat sich die spanische

49) So z.B. TS 25 - 11 - 1960: Dabei handelte es sich um einen Werkvertrag, bei dem sich der Ersteller im Verzug befand und der Auftraggeber bei der Abnahme sogar noch weitere Arbeiten in Auftrag gab, ohne auf der an sich verwirkten Strafe zu bestehen.

50) TS 7 - 10 - 1959: Dort war bei einem Werkvertrag ein festes Fertigstellungsdatum zugesagt. Während der Arbeiten wurde eine Erweiterung des Auftragsumfangs vereinbart, der in der selben Frist nicht zu erstellen war, ohne daß jedoch über die cláusula penal, mit der der ursprüngliche Termin gesichert war, neu verhandelt wurde. Das Gericht entschied, die Wirksamkeit der c.p. sei damit erloschen. Ähnlich der Fall von TS 17 - 5 - 1980: Dort nahm das Gericht wegen Annahme einer Teilleistung durch den Gläubiger an, die cláusula penal sei in Höhe eines zum Wert der Teilleistung proportionalen Teiles erloschen; eine etwas rabulistische Konstruktion, die wohl aus der Absicht zu erklären ist, die harten Folgen der Ley 518 der Compilación Foral de Navarra abzumildern.

51) De Castro, Las condiciones generales de los Contratos y la eficacia de las Leyes, ADC 1961, 361; als Monographie neu aufgelegt, Madrid 1975 Royo, Contratos de adhesión, ADC 1949, 54; Ossorio, Crisis en la dogmática del contrato, ADC 1952, 1175 ff.

Rechtslehre erst relativ spät der Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen angenommen.⁵²⁾ Terminologisch lassen sich der deutsche, italienische und französische Einfluß lokalisieren: die Begriffe "contrato de adhesión"⁵³⁾ einerseits und "condiciones generales" (de los contratos)⁵⁴⁾ werden heute weitgehend synonym gebraucht, wenngleich sich der Begriff "condiciones generales" durchzusetzen scheint. Clavería Gosálvez schlägt als Oberbegriff "Predisposición de contenido contractual" (Vorausbestimmung des Vertragsinhalts)⁵⁵⁾ vor, der auch die vor allem in der italienischen Lehre geläufigen Begriffe "módulo" und "contratto-tipo"⁵⁶⁾ umfassen soll. Als Definition sei die "klas-

52) Vor allem García-Amigo, Condiciones generales de los Contratos, Madrid 1969; ders., Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, Madrid 1965; Hart, Un caso ejemplar: la jurisprudencia sobre las condiciones generales del Contrato in: Barcellona-Hart-Mückenberger, La formación del jurista, Capitalismo monopolístico y cultura jurídica, Madrid 1977, S.113 ff.; Clavería Gosálvez, La predisposición del contenido contractual, R.D.P. 1979, 667 ff.; Otero Lastres, La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación, Rev. Jur. de Cataluña, 1977, n° 4, S.759 ff.; in deutscher Sprache: Jayme/Sacher, Neuere Entwicklungen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Spanien, RiW/AWD 1981/597

53) So etwa bei Ossorio (oben Note 51)

54) So hauptsächlich die neueren Arbeiten, vor allem García-Amigo (oben Note 52)

55) (oben Note 52), S.669 ff.

56) Vgl. Roppo, Contratti standard-Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa, Milano 1975, passim

sische" von De Castro⁵⁷⁾ zitiert: Danach sind AGB "die Gesamtheit der Regeln, die ein Privater (Unternehmer, Industrie- oder Geschäftszweig oder -gruppe) aufgestellt hat, um den Inhalt (Rechte und Pflichten) der Verträge festzulegen, die er über einen bestimmten Typ von Leistungen zu schließen vorschlägt".

Die wissenschaftliche Beschäftigung mit AGB hat sich dementsprechend - im Anschluß an die internationale Entwicklung - weniger dem Schutz der schwächeren Vertragspartei als vielmehr der Diskussion über die Rechtsnatur der AGB⁵⁸⁾ gewidmet. Erst in neuerer Zeit ist hier ein Wandel eingetreten,⁵⁹⁾ deutlich beeinflusst von

-
- 57) (oben Note 1, Madrid 1975), S.12; demgegenüber: García Amigo (aaO, S.132 f.): Als "condiciones generales de los contratos" bezeichnen wir die in allgemeiner und abstrakter Form im voraus formulierte Reihe von Klauseln im Hinblick auf den Abschluß einer unbegrenzten Zahl von Verträgen, die bei Akzeptierung durch die Parteien die Vertragsbeziehungen bestimmen, die diese herstellen wollen, indem sie seinen normativen - und als Reflexwirkung seinen schuldrechtlichen oder subjektiven Inhalt - Gehalt aufstellen, ohne daß sie auf der anderen Seite mit gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Normen übereinstimmen: in der spanischen Wirtschaftspraxis werden solche Klauseln normalerweise von einer der Parteien - gewöhnlich einem Unternehmer - aufgestellt, bisweilen von einer Firmengruppe mit gleichgerichteten wirtschaftlichen Interessen, weniger häufig von den sich gegenüberstehenden Interessengruppen und praktisch nie von Dritten..."
- 58) Die wohl herrschende Meinung (Royo (oben Note 51), S.60; De Castro (oben Note 51), S.12 ff.; García-Amigo, Condiciones generales ... (oben Note 52), S.162 ff.; Clavería Gosálvez (oben Note 52), S.671) stuft die AGB als rechtsgeschäftlich ein (escuela "contractualista"); so auch die Rsp., vgl. z.B. TS 17 - 3 - 1949; 12 - 3 - 1957; 4 - 5 - 1961; 2 - 5 - 1979 (zum Begriff des contrato de adhesión in der neueren doctrina legal und zur Abgrenzung contrato de adhesión - contrato normado)
- 59) Vgl. vor allem die oben (Note 52) zitierten Arbeiten von Otero Lastres und Clavería Gosálvez

den internationalen, insbesondere den deutschen Entwicklungen auf diesem Gebiet.⁶⁰⁾

b) Der Schutz der schwächeren Vertragspartei

Auch die spanische Rechtsprechung sah sich schon seit langem veranlaßt, sich mit bestimmten, als mißbräuchlich erkannten Klauseln in AGB zu beschäftigen.⁶¹⁾ Mangels einer speziellen Gesetzesvorschrift behelfen sich die Gerichte in krassen Fällen⁶²⁾ mit der Anwendung der Generalklausel des Código Civil. Ausgehend von der These, daß AGB den gleichen Interpretationsregeln unterworfen seien, wie alle Verträge,⁶³⁾ unterwirft sie diese

60) Vgl. insbesondere Clavería Gosálvez (oben Note 52), S. 678, 683 und passim; aber schon De Castro beruft sich zur Entwicklung seiner Lehre von der eingeschränkten Derogabilität bestimmter dispositiver Normen (oben Note 1, S. 80 ff; vgl. dazu unten S. 37) vor allem auf die deutsche Lehre über die "Leitbildfunktion" des dispositiven Rechts. Zur Beachtung, der der deutschen Entwicklung in Spanien geschenkt wird, vgl. z.B. García-Amigo, La ley alemana occidental sobre condiciones generales, R.D.P. 1978, 384 ff.

61) Ältere Fälle hierzu schon TS 18 - 1 - 1909; 13 - 12 - 1934 oder 27 - 2 - 1942

62) Die meisten dieser Fälle befassen sich mit Versicherungsverträgen; früher in Spanien das Hauptanwendungsgebiet standardisierter AGB im Massengeschäft.

63) TS 17 - 3 - 1949; 12 - 3 - 1957; vgl. auch oben Note 58

einer objektiven Auslegung anhand der einschlägigen Vorschriften des Código Civil, nämlich der Art.1281 ff.⁶⁴⁾

64) Art.1281

Wenn die Bestimmungen eines Vertrages klar sind und keinen Zweifel über die Absichten der Vertragschließenden zulassen, gilt der wörtliche Sinn seiner Klauseln.

Stehen die Worte der offensichtlichen Absicht der Vertragschließenden entgegen, dann gibt diese gegenüber jenen den Ausschlag.

Art.1282

Um die Absicht der Vertragschließenden zu beurteilen, ist in erster Linie auf ihre Handlungen während und nach dem Vertrag abzustellen.

Art.1283

Wie allgemein auch immer der Inhalt eines Vertrages sein mag, so darf man keine anderen Sachen und keine abweichenden Fälle als von ihm erfaßt ansehen als die, über die die Parteien vorhatten, den Vertrag zu schließen.

Art.1284

Wenn eine Vertragsklausel verschiedene Auslegungen zuläßt, muß sie in der Weise verstanden werden, die am geeignetsten ist, Wirkung hervorzurufen.

Art.1285

Die Vertragsklauseln müssen in einer Weise ausgelegt werden, daß die einen ihre Auslegung durch die anderen finden, und in Zweifelsfällen ist ihnen der Sinn zuzumessen, der sich aus ihrem Gesamtzusammenhang ergibt.

Art.1286

Worte, die verschiedene Bedeutungen haben können, werden in der Bedeutung verstanden, die der Natur und dem Gegenstand des Vertrages am meisten entspricht.

Art.1287

Die Bräuche und Sitten des Landes werden bei der Auslegung von Mehrdeutigkeiten der Verträge berücksichtigt, wobei in ihnen das Auslassen solcher Klauseln ergänzt wird, die gewöhnlich aufgestellt werden.

Art.1288

Die Auslegung unklarer Vertragsklauseln darf nicht diejenige Partei begünstigen, die die Unklarheit verursacht hat.

Die (quantitativ) effektivste ist die - auch in der älteren deutschen Literatur und Rechtsprechung zu AGB bekannte⁶⁵⁾ - Regel des Art.1288, wonach die Unklarheit einer Klausel zu Lasten desjenigen geht, der diese Unklarheit verursacht hat. Diese Vorschrift dient einer jahrzehntelang gefestigten Rechtsprechung als Haupt-Kontrollvorschrift von AGB,⁶⁶⁾ um diesen die für den Kunden günstigstmögliche Auslegung (interpretación más favorable) zu geben. Nichtsdestoweniger versagt diese Methode, wenn die mißbräuchliche Klausel klar, deutlich und unmißverständlich ist,⁶⁷⁾ wenngleich natürlich die Versuchung naheliegt, eine in

Forts. Fn 64)

Art.1289

Ist es vollkommen unmöglich, die Zweifelsfälle nach den Regeln zu lösen, die in den vorhergehenden Artikeln festgelegt sind, dann werden diese Zweifel, wenn sie sich auf unwesentliche Umstände des Vertrages beziehen und dieser unentgeltlich ist, zugunsten der geringsten Übertragung von Rechten und Interessen gelöst. Ist der Vertrag entgeltlich, dann wird der Zweifel zugunsten der größten Gegenseitigkeit von Interessen gelöst.

Beziehen sich die Zweifel, um deren Lösung es sich in diesem Artikel handelt, auf den Hauptgegenstand des Vertrages, so daß man zu keiner Erkenntnis darüber kommen kann, welches die Absicht oder der Wille der Vertragschließenden war, dann ist der Vertrag nichtig.

(nach Peuster (oben II, Note 1), S.360 f.)

65) Früher ständige Rechtsprechung des BGH: vgl. schon BGHZ 5/115; ebenso BGHZ 47/216; 62/89; zur Literatur vgl. z.B. Palandt-Heinrichs, 35.Aufl. 1976, Anm.6 C b vor § 145

66) TS 13 - 12 - 34; 27 - 2 - 42; 12 - 3 - 57; 12 - 11 - 57; 14 - 4 - 59; 4 - 5 - 61; 16 - 3 - 62; 12 - 5 - 69; 23 - 11 - 70; 22 - 12 - 71; 2 - 11 - 76; 11 - 10 - 77.

67) Art.1281 (1) CC

Wahrheit nicht bestehende Unklarheit vorzuschieben, um zu einer für den Kunden günstigen Interpretation zu gelangen.⁶⁸⁾ In solchen Fällen, wenn eine Auslegung zugunsten des Kunden nicht möglich ist, greift die Rechtsprechung auf die allgemeinen Kriterien des Verstoßes gegen Treu und Glauben und die guten Sitten⁶⁹ sowie des Rechtsmißbrauchs⁷⁰⁾ zurück. Es bleibt allerdings darauf hinzuweisen, daß diese Behelfe naturgemäß nur in besonders schwerwiegenden Fällen zum Ziel führen: eine Entscheidung, mit der eine cláusula penal für nichtig erklärt wurde, weil sie in AGB enthalten war, ist nicht bekannt.⁷¹⁾

68) Clavería Gosálvez (oben Note 52), S.676

69) buena fé y buenas costumbres, vgl.Art.7 CC:

Art.7

- (1) Rechte müssen gemäß den Erfordernissen von Treu und Glauben ausgeübt werden.
- (2) Das Gesetz unterstützt nicht den Mißbrauch des Rechtes oder die unsoziale Ausübung desselben. Jedes Handeln oder Unterlassen, das nach der Absicht seines Urhebers, nach seinem Zweck oder nach den Umständen, unter denen es geschieht, offenkundig die üblichen Grenzen der Ausübung eines Rechts zum Schaden Dritter übersteigt, ist Anlaß für die entsprechende Entschädigung sowie für die Ergreifung derjenigen gerichtlichen und Verwaltungsmaßnahmen, die das Festhalten am Mißbrauch verhindern.

Zum Begriff von Treu und Glauben im spanischen Recht vgl. u.a. De Los Mozos, El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil Español, Barcelona, 1965; Cossio, El dolo en el Derecho civil, Madrid, 1955; Gómez Acebo, La buena y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el Código civil, R.D.P. 1952, S.101 ff.

70) Art.7 II 1 (oben Note 69)

71) Ein - etwas bizarrer - Sonderfall ist der Sachverhalt, der der Entscheidung TS 19 - 12 - 1930 (wieder abgedruckt und kommentiert bei Puente Egido, Derecho internacional privado Español: Doctrina legal del Tribunal Supremo 1841 - 1977, Barcelona 1981, S.1022 ff.) zugrundeliegt. Bei ihr ist allerdings nicht ganz klar, auf welchen Gesichtspunkten die Unwirksamkeit der cláusula penal letztlich beruhte: Das Tribunal Supremo versagte der New Yorker Metropolitan Opera den Anspruch auf 9.800 Dollar Vertragsstrafe gegen einen spanischen Tenor, der eine Aufführung hatte "platzen" lassen, weil ihm die spanischen Behörden keinen Paß erteilt hatten. Begründet wurde die Entscheidung damit, daß die Vertragsstrafe nicht zu einer Bereicherung des Gläubigers führen dürfe.

Eine neuere Strömung in der Lehre, begründet von De Castro,⁷²⁾ fortgeführt von García-Amigo⁷³⁾ und Clavería Gosalvez,⁷⁴⁾ der die Rechtsprechung jedoch bisher nicht gefolgt ist,⁷⁵⁾ will den Schutz der schwächeren Vertragspartei im Rahmen des geltenden spanischen Rechts deutlich erweitern. Als theoretischer Ansatz dient dafür bei De Castro der Art.1255 CC,⁷⁶⁾ wonach Vertragsklauseln unzulässig sind, die gegen die öffentliche Ordnung verstoßen. Nach seiner Theorie verstoßen solche Klauseln dann gegen die öffentliche Ordnung, wenn sie ohne zureichenden Grund von dispositiven Bestimmungen des Gesetzes abweichen. Hierbei beruft er sich ausdrücklich auf die deutsche Lehre zur Leitbildfunktion dispositiven Rechts.⁷⁷⁾ García-Amigo⁷⁸⁾ verwirft diesen Ansatz, weil er der ausdrücklich vom Gesetz⁷⁹⁾ gewährleisteten Vertragsgestaltungsfreiheit zuwiderlaufe. Sein theoretischer Ansatz ist die Erweiterung des Begriffs der öffentlichen Ordnung um eine wirtschaftliche Komponente ("orden publico económico"), die vom Gesetzgeber spätestens seit dem Gesetz vom 20 -

72) Oben Note 51

73) Oben Note 52

74) Oben Note 52

75) Worauf Bercovitz (La protección de los Consumidores, la Constitución española y el derecho mercantil, in: Lecturas sobre la Constitución española, hrsg. v. Fernández Rodríguez, Facultad de Derecho UNED 1978, Bd.II, S.31) ausdrücklich hinweist.

76) Art.1255 CC:

Die Vertragsschließenden können diejenigen Vereinbarungen, Klauseln und Bedingungen festsetzen, die sie für angebracht halten, sofern sie nicht gegen die Gesetze, die Moral oder die öffentliche Ordnung verstoßen.

77) (oben Note 51) S.80 ff.

78) Condiciones generales ... (oben Note 52), S.246 ff.

79) Art.1255 CC (oben Note 76)

7 - 1963⁸⁰⁾ anerkannt sei. Danach seien solche Klauseln vom Gericht für nichtig zu erklären, die mißbräuchlich aus einer tatsächlich monopolistischen oder marktbeherrschenden Situation oktroyiert werden und ungerechtfertigterweise nachteilig für die ihnen Unterworfenen sind.⁸¹⁾ Clavería Gosálvez gelingt insofern eine Synthese der beiden Ansichten, als er unter Beibehaltung des materiellen Gehalts beider als theoretischen Ansatz den Art.1 Abs.(1) und Abs.(4)⁸²⁾ vorschlägt, wonach primäre Rechtsquelle des spanischen Zivilrechts auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind, die in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung Anwendung finden. Nach Clavería Gosálvez lassen sich aus der Ausgewogenheit der dispositiven Regeln des Código Civil allgemeine Rechtsgrundsätze kompilieren,⁸³⁾ von denen zu Lasten der schwächeren Vertragspartei nicht ohne gerechtfertigten Grund abgewichen werden darf, und die der Richter im Wege richterlicher

80) Ley 110/1963 de represión de prácticas restrictivas de la competencia (BOE 1963/11144), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

81) García-Amigo, Condiciones generales ... (oben Note 52), S.270

82) Neugefaßt durch das Gesetz Nr.3/1973 vom 17 - 3 - 1973:

Art.1

(1) Die Quellen der spanischen Rechtsordnung sind das Gesetz, das Gewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze.

...

(4) Die allgemeinen Rechtsgrundsätze werden bei Fehlen eines Gesetzes oder Gewohnheitsrechts angewendet, unbeschadet ihres die Rechtsordnung erklärenden Wesens.

(nach Peuster, oben II, Note 1)

83) Nach Bercovitz (oben Note 74), S.19 findet der Verfassungsauftrag des Verbraucherschutzes (Art.51 I d.Verf.) auf dem Weg über die allgemeinen Rechtsgrundsätze Eingang in das Zivilrecht; siehe dazu auch Jayme/Sache: (oben Note 52)

Rechtsfortbildung⁸⁴⁾(!) zu entwickeln hat.

c) Zusammenfassung

Die spanische Rechtsprechung korrigiert unbillige AGB auf dem Wege der Auslegung zu Lasten des Aufstellers immer dann, wenn sich Zweifel oder Unklarheiten an der Bedeutung einer bestimmten Klausel zeigen. Ist für eine solche Auslegung wegen der Eindeutigkeit der Klausel kein Raum, so kommt eine Nichtigkeit der Klausel wegen Verstoßes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben oder die guten Sitten in Betracht. Vertragsstrafen werden davon nicht erfaßt. Darüber hinaus will ein Teil der Lehre unter verschiedenen theoretischen Ansatzpunkten eine weitergehende Inhaltskontrolle vornehmen, wonach solche Klauseln nichtig sind, die unter Ausnutzung einer wirtschaftlichen Vormachtstellung oder unter ungerechtfertigter Abweichung von zwar dispositiven, aber leitbildhaften Bestimmungen des Código Civil aufgestellt werden.⁸⁵⁾ Das Gesetz beschreibt gleich zweimal, in Art.1152 (1) am Ende und in Art.1153 (2), daß die Vertragsstrafe im Falle der Nichterfüllung an die Stelle des Schadensersatzes tritt, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist. Angesichts der restriktiven Interpretation des Tribunal Supremo hinsichtlich der Ausdrücklichkeit und Klarheit dieser Vereinbarung darf dem gesetzlichen Regelfall der "pena sustitutiva" eine so starke Leitbildfunktion zugemessen werden, daß sie über die Stärke normaler

84) Condiciones generales ... (oben Note 52), S.683; ein für das Selbstverständnis des spanischen Richters nicht so ungewöhnlicher Gedanke wie z. B. in Frankreich; vgl. insbesondere zum Begriff der "doctrina legal" David/Grasmann, Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, München/Berlin 1966, Nr.102 (S.144); Puig Brutau, La jurisprudencia como fuente de Derecho, Barcelona 1951, passim

85) Daß diese Theorien unter dem geltenden Recht dogmatisch auf schwachen Füßen stehen, gesteht Claveria Gosálvez selbst ein (S.680). Er schlägt deshalb für Spanien baldmöglichst ein Gesetz nach dem Vorbild des deutschen AGB-Gesetzes bzw. des englischen Unfair Contract Terms Act 1977 (oben I Note 1) vor.

dispositiver Bestimmungen des CC hinausgeht. Das Sich-Versprechen-Lassen einer "pena cumulativa" in AGB ist daher geradezu ein Musterfall einer Klausel, die nach der dargestellten Lehre normalerweise unzulässig und damit nichtig ist. Damit ist aber auch klar, daß die Stipulation einer "normalen" "pena sustitutiva" - auch angesichts ihrer Häufigkeit und Gebräuchlichkeit - unter diesem Gesichtspunkt aus spanischer Sicht keinen Bedenken begegnet.

V. Deutsches materielles Recht

1) Vorbemerkung

Die Vorschriften des AGB-Gesetzes sind - wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 12 AGB-Gesetzes vorliegen,¹⁾ zu "berücksichtigen", auch wenn der betreffende Vertrag spanischem Recht untersteht. Wie weit dieser Geltungsanspruch geht, hängt von der Äquivalenz,²⁾ also der Gleichwertigkeit des Schutzes, ab, den beide Rechtsordnungen der schwächeren Vertragspartei gewähren. Aus diesem Grund ist als Voraussetzung einer solchen Äquivalenzprüfung auf die Regelung auch des deutschen Rechts einzugehen.

2) Vertragsstrafen und Schadenspauschalen im deutschen Recht

a) Vertragsstrafen

aa) Definition

Das deutsche Recht definiert die Vertragsstrafe implicite in § 339 S.1 BGB³⁾ und regelt in den folgenden Vorschriften - keineswegs erschöpfend - einige sich aus der Vereinbarung

1) Vgl. dazu im einzelnen unten VI 2

2) Vgl. oben I, Noten 34 ff.

3) § 339 BGB:

Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.

einer Vertragsstrafe ergebende Rechtsfolgen.⁴⁾ Danach ist die Vertragsstrafe im Sinne des BGB eine - in der Regel in Geld bestehende⁵⁾ - Leistung, die der Schuldner einer anderen Verbindlichkeit zu erbringen verspricht, falls er diese Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt.⁶⁾

bb) Merkmale

Die gesetzliche Regelung setzt also das Bestehen einer zu sichernden Verbindlichkeit, eben der "Haupt"-verbindlichkeit voraus; die Vertragsstrafe ist daher per definitionem legis akzessorisch.⁷⁾ Daraus folgt, daß der rechtliche Bestand der Strafforderung vom Schicksal dieser Hauptverbind-

-
- 4) Zur Rechtsgeschichte und zur Dogmatik vor Inkrafttreten des BGB vgl. Schwind, Römisches Recht (1950), S.282; Endemann, Römisches Privatrecht (1925), S.171; WeiB, Institutionen des römischen Privatrechts, 2.Aufl.1949, S.301. Das preußische Allgemeine Landrecht bestimmte in Teil 1, Titel 5:

Conventionalstrafen.

§ 292

Das Interesse, welches ein Contrahent dem andern bey nicht gehörig geleisteter Erfüllung des Vertrags zu vergüten hat, kann durch Verabredung einer Strafe im voraus bestimmt werden.

§ 293

Wo dergleichen Strafe festgesetzt worden, da findet die Forderung eines höheren Interesse nicht statt.

(zitiert nach der Ausgabe "Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794", Textausgabe Frankfurt-Berlin 1970)

- 5) Das Gesetz sieht aber ausdrücklich vor, daß auch eine andere als eine Geldleistung als Strafe versprochen werden kann, § 342. In der Regel handelt es sich in diesen Fällen dann um Verfallklauseln (dazu unten c bb).
- 6) Vgl. statt aller Palandt-Heinrichs, vor § 339 BGB, Anm.1 a
- 7) arg. § 344 BGB; so auch die herrschende Meinung: Palandt-Heinrichs, vor § 339 BGB, Anm.1a; Söllner, MüKo, § 339 Rdn.6; a.A.: Lindacher, Phänomenologie der Vertragsstrafe, Frankfurt 1972, S.66; vgl. dazu näher unten e.

lichkeit abhängt: das Strafversprechen ist also unwirksam, wenn die Hauptverbindlichkeit, mit der es durch die Klammer der Akzessorietät verbunden ist, nichtig, erloschen, wirksam angefochten oder ohne Verschulden des Schuldners unmöglich geworden ist.⁸⁾ Die Verwirkung der Vertragsstrafe ist ferner verschuldensabhängig: sie tritt nur ein, wenn der Schuldner die Vertragsverletzung zu vertreten hat.⁹⁾ Dies gilt - ohne daß dies dem Wortlaut des § 339 S.2 eindeutig zu entnehmen wäre - auch, wenn die Strafe für den Fall der Vornahme einer bestimmten Handlung versprochen wird. Auch dann ist die Strafe nur verwirkt, wenn die Zuwiderhandlung schuldhaft geschehen ist.¹⁰⁾ Das Erfordernis des Vertretenmüssens ist allerdings dispositiv.¹¹⁾ Wird es abbedungen, kann daher der Schuldner damit in eine Art Garantiehaftung genommen werden; er hat die Strafe in diesem Fall auch dann verwirkt, wenn die primär geschuldete Leistung aufgrund eines Umstandes unterbleibt, den er gerade nicht zu vertreten hat. Die vereinbarte Strafe kann der Gläubiger im Falle der Nichterfüllung durch den Schuldner als "Mindestbetrag des Schadens" verlangen.¹²⁾ Dabei ist nicht erforderlich, daß überhaupt ein Schaden entstanden ist.¹³⁾ Die Strafe tritt daher an die Stelle des an sich - kraft anderer gesetzlicher Vorschriften¹⁴⁾ - geschuldeten Schadensersatzes, wenn entweder gar

8) Vgl. BGH LM § 339 BGB Nr.2 und Knütel, Verfallsbereinigung, nachträglicher Verfall und Unmöglichkeit bei der Vertragsstrafe, AcP 175 (1975)/44 (69)

9) § 339 S.1 BGB

10) Vgl. BGH NJW 1972/1893 und 2264; a.A. die ältere Rechtsprechung: vgl. BGH LM § 407 BGB Nr.3

11) Vgl. BGH LM § 339 BGB Nr.2; BGH NJW 1958/1483; BGH NJW 1971/883 (m.w.N.); BGH NJW 1972/1893.

12) § 340 Abs.2 S.1

13) BGH LM § 339 BGB Nr.14

14) z.B. §§ 326, 280 etc. BGB

kein Schaden eingetreten ist, wenn zwar ein Schaden eingetreten ist, dieser aber geringer als die vereinbarte Strafe ist und - der praktisch wohl wichtigste Fall -, wenn der tatsächlich eingetretene Schaden nicht oder nicht in einer die Strafe übersteigenden Höhe beweisbar ist. Andererseits muß sich der Gläubiger, wenn er sich für den Schadensersatzanspruch entscheidet,¹⁵⁾ die vereinbarte Strafe auf diesen Anspruch anrechnen lassen.¹⁶⁾

Auch diese Regelung (§ 340 Abs.2, S.1 BGB) ist jedoch nicht zwingend, sondern abdingbar.¹⁷⁾ Der Gläubiger kann sich also die Strafe auch kumulativ zu einem Schadensersatzanspruch versprechen lassen, er kann dann die verwirkte Strafe und Schadensersatz nebeneinander verlangen.¹⁸⁾ Im Falle der Schlechterfüllung und des Verzuges ordnet das Gesetz¹⁹⁾ dies sogar als Regelfall an.

Ist die Vertragsstrafe "unverhältnismäßig hoch",²⁰⁾ so kann sie auf Antrag des Schuldners durch das Gericht auf einen

-
- 15) Das wird er - entsprechend dem oben Gesagten - nur dann tun, wenn er einen die Strafe der Höhe nach übersteigenden Schaden erlitten hat und dies auch beweisen kann.
- 16) Vgl. Larenz, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 11.Aufl.1976, S.308
- 17) Nachweise bei Larenz (oben Note 16), S.308, Fn.4
- 18) Allerdings wird sich hierbei häufig die Frage einer überverhältnismäßigen Bereicherung des Gläubigers und damit der richterlichen Herabsetzung gem. § 343 BGB stellen.
- 19) § 341 BGB
- 20) § 343 Abs.1, S.1

"angemessenen" Betrag herabgesetzt werden.²¹⁾ Voraussetzung der Herabsetzungsbefugnis ist, daß die Strafe verwirkt ist, nicht jedoch, daß die Hauptverbindlichkeit wenigstens teilweise erfüllt worden ist, wie dies andere Rechtsordnungen²²⁾ vorsehen.

cc) Funktion

Die Funktion des Strafversprechens ist in der deutschen Dogmatik eine doppelte:²³⁾ zum einen soll es dem Gläubiger als "Zwangsmittel" dienen; es soll also durch die - im Vergleich zu der ja auch im Gesetz (durch Schadensersatz) vorgesehene abstrakten - "konkrete" Sanktionsdrohung zusätzlicher Druck auf den Schuldner ausgeübt werden, seine Verpflichtung zum einen überhaupt, zum anderen auch in gehöriger Weise (vor allem also: rechtzeitig) zu erfüllen. Zum anderen soll es dem Gläubiger, wenn es zur Leistungsstörung kommt, die Realisierung seines Schadensersatzanspruches erleichtern oder überhaupt erst ermöglichen. In aller Regel wird der Gläubiger, wenn er sich vom Schuldner eine Vertragsstrafe versprechen läßt, beide Ziele verfolgen, wobei diese naturgemäß in einem Eventualverhältnis²⁴⁾ zueinander stehen. Wel-

21) Das gilt nicht für Voll-Kaufleute, §§ 348, 351 HGB

22) Z.B. Spanien, vgl. eingehend oben II; ebenso Frankreich bis 1975 (Art. 1231 a.F. Code Civil) und Italien (Art.1384 Codice Civile)

23) hM: BGHZ 49/84 (89; 63/256 (259); BGH NJW 1958, 1483; Söllner, MüKo, vor § 339 BGB Rdn.3; Palandt-Heinrichs, vor § 339 BGB, Anm.1a; a.A.: Lindacher (oben Note 7), S.55 ff.; vgl. auch Mot.II, 275 und neuestens rechtsvergleichend Thilmany, Les clauses pénales en droit comparé, Rev. int. de droit comparé 1980/17 (zum deutschen Recht: S.48 ff.)

24) Im Wortsinn "gleichzeitig" können nicht beide Ziele verfolgt werden: der Druck auf den Schuldner hat zum Ziel, ihn zur ordnungsgemäßen Erfüllung anzuhalten; die Erleichterung beim Schadensersatz kann hingegen überhaupt erst eintreten, nachdem nicht oder schlecht erfüllt worden ist; vorher besteht ja gar kein Schadensersatzanspruch.

che der beiden Funktionen in concreto überwiegt, spielt für die Abgrenzung zur Schadenspauschalierung eine entscheidende Rolle.²⁵⁾ Dieses vom Gesetz nicht geregelte Rechtsinstitut ist daher im folgenden näher zu untersuchen, bevor die Frage nach beider Funktion eindeutig beantwortet werden kann.

b) Schadenspauschalen

Das deutsche BGB geht im Schadensrecht davon aus, daß der - aus welchen Rechtsgründen auch immer - zu leistende Schadensersatz nach dem konkret eingetretenen Schaden zu berechnen ist.²⁶⁾ Bereits das Gesetz selbst²⁷⁾ kennt jedoch Durchbrechungen dieses Prinzips in Form abstrakter Schadensberechnungen. Insbesondere die neuere Rechtsprechung im Grenzbereich zwischen Material- und Immaterialgüterschaden und zum sogenannten "normativen" Schadensbegriff²⁸⁾ bringt eine weitgehende Abkehr vom Grundsatz der konkreten Schadensberechnung.²⁹⁾ Auch die ex-ante-Pauschalierung eines noch gar nicht bestehenden, sondern lediglich für möglich gehaltenen zukünftigen Schadens durch gegenseitigen Vertrag geschieht technisch in Form einer abstrakten Schadensberechnung. Eine andere Art der Berechnung ist auch mangels eingetretenen Schadens gar nicht möglich.³⁰⁾ Die grundsätzliche Zulässigkeit

25) Vgl. BGHZ 49/84 (89); BGH NJW 1970/29 (31); BAG NJW 1967/751

26) § 249 S.1 BGB

27) Vgl. z.B. §§ 252, 288 BGB

28) Zum Begriff statt aller Palandt-Heinrichs, vor § 249 BGB Anm.2 c; siehe auch unten Note 30

29) RGZ 151/298; BGHZ 4/176; BGHZ 7/36; BGHZ 21/112; BGHZ 40/345; BGHZ 43/381; BGHZ 45/212; BGH NJW 1963/1051; BGH NJW 1968/222; BGH NJW 1974/602

30) So ist der Rechtsgedanke einer angemessenen Vorteilsausgleichung auch für die Bemessung der bei vorzeitiger Vertragsauflösung entstehenden Ansprüche von Bedeutung, BGHZ 60/353 (358 f.); zustimmend auch Kötz, MUKo, § 10 AGBG, Rn.36 (S.1471).

einer Schadenspauschalierungsabrede im Rahmen der Vertragsfreiheit ist daher unbestritten,³¹⁾ auch wenn sie vom BGB nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Allerdings gilt dies nicht schrankenlos, da die Gefahr des Mißbrauchs beträchtlich ist.³²⁾ Die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes neigte daher dazu, oft Schadenspauschalierungsabreden auch dann, wenn sie als solche bezeichnet waren, als Vertragsstrafen zu qualifizieren, um die Herabsetzungsmöglichkeit des § 343 BGB auch darauf anwenden zu können,³³⁾ wenngleich diese Absicht selten offen zutage tritt.³⁴⁾ Stattdessen wird auf den Parteiwillen abgestellt, wie er in der Formulierung der Klausel zum Ausdruck kommt.³⁵⁾ Die Frage nach der Funktion, dem Zweck der jeweiligen Abrede, spielt hier also eine wichtige Rolle. Ist in erster Linie daran gedacht, die Erfüllung zu sichern und auf den Schuldner einen entsprechenden Druck auszuüben, so soll es sich um eine Vertrags-

-
- 31) Vgl. eingehend Beuthien, FS Larenz, 1973, S.495 ff.; Zugehör, Pauschalierter Schadensersatz, NJW 1967/1895 (1896); Palandt-Heinrichs, § 276 BGB Anm.5 A b; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, Kommentar zum AGB-Gesetz, 1977, § 11 Nr.5, Rdn.8.
- 32) Worauf Beuthien (oben Note 31), S.505 mit Recht hinweist; vgl. auch Belke, Die Schadenspauschalierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, DB 1969/559 ff., 603 ff.; zur Einschränkung der Zulässigkeit vgl. eingehen Beuthien (oben Note 31), S.505 ff. und Schlosser/Coester-Waltjen/Graba (oben Note 31), § 11 Nr.5, Rdn.15 ff.
- 33) Eine analoge Anwendung von § 343 BGB auf die Schadenspauschalierung wird von der Rechtsprechung - vom Ansatz her konsequent, im Ergebnis aber unbefriedigend - abgelehnt, vgl. z.B. BGH NJW 1966/2008; BGH NJW 1970/32; interessant die (alleinstehende) Gegenauffassung des LAG Düsseldorf, DB 1973/85.
- 34) Am ehesten noch bei erstinstanzlichen Urteilen: so etwa AG Hamburg v. 29.6.1972, 6 C 518/72, zit. nach Schlosser/Coester-Waltjen/Graba (oben Note 31), § 10 Nr.7, Fn 15; AG Gelsenkirchen v. 27.8.1973, 4 C 414/73, ebenfalls nach Schlosser/Coester-Waltjen/Graba (oben Note 31), § 11 Nr. 5, Fn.50.
- 35) Vgl. Zugehör (oben Note 31); Schlosser/Coester-Waltjen/Graba (oben Note 31), § 11 Nr.5 Rdn.16; BGH NJW 1968/150; BAG NJW 1967/751; LG Berlin NJW 1966/1819; LG Tübingen NJW 1964/1801.

strafe handeln.³⁶⁾ Dabei ist unwesentlich, daß der Gläubiger damit - als Folge der gesetzlichen Regelung³⁷⁾ - auch eine Erleichterung seiner eventuell bestehenden Schadensersatzforderung erreicht. Nur wenn der Zweck der Abrede allein darin liegt, den Schadensnachweis zu ersparen, soll es sich nicht mehr um eine Vertragsstrafe handeln, sondern um eine - für den Schuldner als minder gefährlich angesehene - Schadenspauschalierungsabrede.³⁸⁾ Nach dieser Rechtsprechung kann also sowohl eine von den Parteien als Vertragsstrafeversprechen bezeichnete Abrede in Wirklichkeit pauschalierter Schadensersatz sein,³⁹⁾ desgleichen umgekehrt eine Schadenspauschalierung eine "verkappte" Vertragsstrafe.⁴⁰⁾ Meines Erachtens ist daher sowohl die Bezeichnung als auch die Frage nach der von den Parteien gewollten Funktion ein für die Unterscheidung Schadenspauschale - Vertragsstrafe für sich genommen untaugliches Kriterium,⁴¹⁾ da eben in der Regel beide

36) BGH NJW 1958/1483; BGH NJW 1966/2008; BGH NJW 1968/149; BGH NJW 1970/29 (31); BGH NJW 1970/1224 (1225); BGHZ 63/256 (259); BGH NJW 1976/1886; BGH WM 1977/55; OLG Celle NJW 1962/351; OLG Nürnberg WM 1968/346; OLG Nürnberg NJW 1973/1974; OLG Nürnberg MDR 1976/664. Aus der Literatur: Schlosser/Coester-Waltjen/Graba (oben Note 31), § 11 Nr.5, Rdn.16 ff.; Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen (2.Aufl.1977), Rdn.192; Kötz, 50.DJT A 75 Note 168.

37) § 340 Abs.1 S.1 BGB

38) Vgl. z.B. BGH NJW 1970/29 (32)

39) wenn der Liquidationszweck im Vordergrund steht

40) So wohl in der Mehrzahl aller Fälle, vgl. z.B. BGHZ 49/84 (89); BGH NJW 1970/29 (31)

41) Vgl. dazu die informativen Beispiele aus der Rechtsprechung bei Kulich, Geschäftsbedingungen für den Verkauf neuer und gebrauchter Kraftfahrzeuge, DB 1967/456, der nachweist, daß diese Kriterien nahezu willkürlich zur Untermauerung der einen wie der anderen Qualifikation herangezogen wurden.

Funktionen gleichberechtigt, wenn auch in einem Eventualverhältnis, nebeneinander stehen werden. Stattdessen sollte darauf abgestellt werden, daß die Schadenspauschalierung ein schadensersatzrechtliches Institut ist und daher immer ausschließlich und nicht nur "überwiegend", "vornehmlich", etc. an dessen Leitgedanken, nämlich dem Ausgleich von entstandenen - wenn auch abstrakt berechneten - Schäden orientiert bleiben muß. Hauptindiz hierfür kann nur die Höhe der Pauschale im Einzelfall, verglichen mit dem typischen⁴²⁾ Schadensverlauf, sein. Dabei haben beide Parteien Abstriche an ihren Interessen hinzunehmen: weder kann sich der Schuldner dann darauf berufen, der konkret eingetretene Schaden sei geringer ausgefallen,⁴³⁾ noch kann der Gläubiger dartun, er habe in Wirklichkeit einen weit höheren Schaden erlitten.⁴⁴⁾ Insoweit ähnelt die ex-ante-Pauschalierung in der Tat der Rechtsfigur des Vergleichs, bei dem idR ebenfalls Beweisfragen im Hintergrund stehen.⁴⁵⁾ Sobald aber

-
- 42) Daß es hierzu eine umfangreiche Kasuistik gibt, ist verräterisch: Es zeigt, daß dieses Kriterium auch in der Rechtsprechung, wenngleich unausgesprochen, als entscheidend angesehen wird. Als Schadenspauschalen qualifiziert und für zulässig gehalten wurden u.a.
- beim Reisevertrag 50 - 55 % (LG Frankfurt/Main, FVE 4 Nr.344) bzw. 40 % (LG Frankfurt/Main, BB 1975/844);
 - beim Werkvertrag 40 % (OLG Nürnberg, WM 1968/348);
 - beim Kaufvertrag 20 (Möbel, BGH NJW 1970/2017) - 25 % (Gebrauchtwagen, BGH NJW 1970/29);
 - beim Darlehen 3 % der Darlehenssumme (OLG Nürnberg WM 1968/348)
- 43) anders bei AGB (wegen des größeren Schutzbedürfnisses); siehe dazu unten 3
- 44) Auch in diesem Fall ist m.E. kein Platz für die Annahme einer echten Schadenspauschalierung. Richtigerweise handelt es sich dann um einen einfachen Beweisvertrag.
- 45) Vgl. dazu Beuthien (oben Note 31), S.505 ff.; Belke (oben Note 32) S. 559 ff.

diese Grundlage des typischen (ex-ante einvernehmlich geschätzten) Schadens verlassen wird, besteht keine Rechtfertigung mehr, von einer "Pauschalierung" zu sprechen. Wenn sich daher der Gläubiger von vornherein einen höheren Betrag als den typischen Schaden versprechen läßt oder er sich die "Hintertüre" offen läßt, einen im Einzelfall höheren konkreten Schaden geltend zu machen, ist für die Annahme einer "Pauschalierung" kein Platz mehr, die Konstellation ist dann vielmehr typisch für die Rechtsfigur der Vertragsstrafe. Nur bei ihr ist der Platz, zum einen ein über den ex-ante geschätzten Ausgleich hinausgehendes Interesse zu vereinbaren, zum anderen auch trotz der Vereinbarung einen im Einzelfall höheren Schaden geltend zu machen. Als Korrektiv zugunsten des Schuldners, das bei der Schadenspauschalierung fehlt, dient hierbei die Herabsetzungsmöglichkeit des § 343 BGB. Es besteht kein rechtlich zu billigender Grund,⁴⁶⁾ solche vom Gesetz geregelten Fälle durch die Konstruktion einer vom Gesetz gerade nicht geregelten Rechtsfigur den hierfür vorgesehenen Kontrollmechanismen zu entziehen,⁴⁷⁾ indem man schon bei der Stufe der Subsumtion (interessenbedingt) die Tatsache leugnet, daß das Gesetz solche Fälle durchaus regelt.

Entscheidendes Abgrenzungskriterium zur Vertragsstrafe ist daher immer die Höhe der Pauschale im Einzelfall, verglichen mit

46) Bei manchen Pauschalen liegt in der Tat die Annahme nahe, ihr einziger Zweck sei eine Bereicherung des Gläubigers; eine Pervertierung des dem Schadensrecht zugrundeliegenden Ausgleichsgedankens, wenn man bedenkt, daß dann für den Gläubiger ein Scheitern des Vertrages voraussehbar günstiger ist, als daß er erfüllt wird.

47) So im Ergebnis auch Beuthien (oben Note 31) S.500; ähnlich Lindacher (oben Note 7), S.180; Eggert, Entscheidungsanmerkung zu OLG Nürnberg v. 22.2.1973, NJW 1974/241; und Kötz, MüKo, § 11 AGBG, Rdn.33 (S.1490).

dem nach normalem Verlauf der Dinge für den Gläubiger zu erwartenden Schaden. Nur wenn die versprochene Pauschale dieser Schadenshöhe in etwa entspricht, kann von einer echten Pauschalierung gesprochen werden, denn nur dann erfüllt das Zahlungsversprechen den für die Pauschalierung charakteristischen liquidatorischen Zweck.⁴⁸⁾ Übersteigt sie den Betrag des typischen Schadens, so erfüllt sie jedenfalls objektiv den Zweck, auf den Schuldner zusätzlichen Druck auszuüben, weil sie ihn im Nichterfüllungsfall höher sanktioniert, als das dispositive Recht vorsieht. Dies ist dann die typische Konstellation der Vertragsstrafe.

c) Ähnliche Rechtsfiguren

aa) Das "selbständige Strafgedinge"

Diese Rechtsfigur, die auch mit der Bezeichnung "selbständiges Strafversprechen" oder "unechte Vertragsstrafe" bedacht wird, setzt das BGB voraus, regelt sie aber nahezu überhaupt nicht.⁴⁹⁾ Das hat insbesondere auf dem Gebiet des Arbeitsrechts zu einer umfassenden Rechtsprechung, die diese Lücke auszufüllen sucht, geführt.⁵⁰⁾ Charakteristikum der "unechten Vertragsstrafe" ist das Fehlen der Akzessorietät zu einer Hauptverbindlichkeit.⁵¹⁾ Nichtsdestoweniger

48) Dies gilt auch für den - angesichts der wirtschaftlichen Machtverhältnisse allerdings wenig praktischen - Fall, daß die versprochene Summe niedriger ist, als der typische Schadensverlauf, weil auch dann ihr Zweck ist, den Schaden zu liquidieren; vgl. aber zum spanischen Recht oben III. Note 79.

49) Ausnahme: §343 Abs.2 BGB

50) Siehe AP § 611 BGB, Stichwort "Gratifikation". Vgl. zu Einzelfragen Blomeyer-Buchner, Rückzahlungsklauseln im Arbeitsrecht, 1969

51) Man kann daher mit Recht im Falle des selbständigen Strafgedinges von einer bedingten Forderung im rechtlichen Sinne sprechen: das nicht geschuldete Verhalten wird zur Bedingung (ungewisses, künftiges Ereignis) der Verwirkung der Strafe gemacht; dagegen (ohne Begründung) Söllner, MüKo § 343 BGB, Rdn.23 (S.978), der wohl wirtschaftliche und rechtliche Funktion vermengt; vgl. dazu auch Bötticher, Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle, ZfA 1970/1 (10 ff.).

gibt es eine solche "Hauptverbindlichkeit", wenngleich nicht im rechtlichen Sinne. Es handelt sich hierbei lediglich um eine rechtlich nicht geschuldete Handlung bzw. ein rechtlich nicht geschuldetes Unterlassen. Gleichwohl ist der Gläubiger in erster Linie an dieser Handlung bzw. diesem Unterlassen interessiert und nicht an der Zahlung der Strafe. Die Strafdrohung dient lediglich als Mittel dem Zweck, den Schuldner hierzu zu veranlassen. Allerdings erweist sich die Strafdrohung in der Praxis als oft stumpfe Waffe, weil die Fälle, in denen der Gläubiger am meisten an einem solch selbständigen Strafversprechen interessiert wäre, von der Rechtsprechung ausgenommen werden: § 344 ist nämlich danach auf das selbständige Strafversprechen analog anzuwenden,⁵²⁾ d.h. vom Gesetz als nicht durchsetzbar ausgestaltete Forderungen können auch durch ein selbständiges Strafversprechen nicht erzwingbar gemacht werden.⁵³⁾ Darüberhinaus ist kraft gesetzlicher Anordnung⁵⁴⁾ auch eine "unechte" Vertragsstrafe der richterlichen Herabsetzungsmöglichkeit zugänglich, was ihren Wert als Druckmittel, vor allem im Arbeitsrecht,⁵⁵⁾ weiter verringert. Was bleibt, sind daher nur die von § 344 nicht erfaßten Fälle, also Handlungen oder Unterlassungen hauptsächlich im gesellschaftlichen Bereich, die zwar nicht klagbar sind, deren Ausstattung mit einem "mittelbaren Rechtszwang"⁵⁶⁾ aber immerhin nicht vom Gesetz verpönt ist.

52) Vgl. Söllner, MüKo, § 343 BGB, Rdn.23 (S.978)

53) Z.B. Spiel-, Wettschulden (§ 762 ff. BGB); Wettbewerbsverbote, die nach §§ 74 ff. HGB unverbindlich sind; Sperrabreden zwischen Arbeitgebern (§§ 75 f. HGB); Eheversprechen (§ 1297 Abs.2 BGB).

54) § 343 Abs.2 BGB

55) Siehe oben Noten 52, 53

56) Söllner, MüKo, § 344, Rdn.9 (S.980); Böttcher (oben Note 51), S.17

bb) Verfallklauseln

Verfall- oder Verwirkungsklauseln haben im Fall der Vertragsverletzung durch den Schuldner keine Leistung, sondern - negativ - einen Verlust von Rechten des Schuldners zur Folge.⁵⁷⁾ Ist vorgesehen, daß der Schuldner alle Rechte aus dem Vertrag verlieren soll, so gibt diese Vereinbarung dem Gläubiger nach deutschem Recht nur ein Rücktrittsrecht.⁵⁸⁾ Soll er nur einzelne Rechte verlieren (typisches Beispiel: Verlust der Anzahlung bei einem Ratenkauf), so sind die Vorschriften über die Vertragsstrafe hierauf zumindest entsprechend anwendbar.⁵⁹⁾

cc) Reugeld

Das Reugeld, das das Gesetz als Begriff nahezu ignoriert, obwohl es diese Rechtsfigur als existent voraussetzt,⁶⁰⁾ unterscheidet sich von der Vertragsstrafe durch seine Funktion. Anders als jene soll es den Schuldner gerade nicht durch Ausübung von Druck zur Vertragserfüllung drängen und auch nicht dem Gläubiger den Schadensbeweis erleichtern, sondern dem Schuldner ein rechtlich zulässiges Mittel an die Hand geben, sich von einem einmal geschlossenen Vertrag wieder zu lösen. Allerdings soll der Schuldner nicht wie im Falle des eigentlichen Rücktrittsvorbehalts des § 346 ohne weiteres vom Vertrag loskommen können, d.h. der Gläubiger nicht allein das Risiko tragen, daß der Schuldner es sich anders

57) Söllner, MiKo, vor § 339 BGB, Rdn.11 f. (S.961 f.); Palandt-Heinrichs, vor § 339 Anm.2 b (S.371 f.), jeweils m.w.N.

58) § 360 BGB, die Regelung ist allerdings abdingbar (BGH NJW 1972/1893)

59) h.M.; vgl. Palandt-Heinrichs, vor § 339 BGB, Anm.2 b (S.372). Interessant ist, daß auch nach deutschem Recht eine Verfallklausel mit einem Vertragsstrafversprechen derart verbunden werden kann, daß das Vertragsverhältnis bei nicht gehöriger Erfüllung unter Verfall der Vertragsstrafe aufgelöst sein soll (BGH LM § 339 BGB, Nr.2).

60) §§ 336 Abs.2, 359 BGB

überlegt. Ihm, dem Gläubiger wird - im wirtschaftlichen Sinne - ein Ausgleich dafür gegeben, daß der Schuldner in seiner Entscheidung, den Vertrag zu erfüllen, rechtlich gesehen frei ist. Man könnte daher im Fall des Reugeldes von einer Art beiderseitiger Spekulation sprechen, bei der jeder Vertragspartner sein Risiko eingrenzt: beim Gläubiger wird der mindestmögliche Gewinn, beim Schuldner der maximal mögliche Verlust durch den Betrag des Reugeldes markiert.

Ist die theoretische Trennlinie zur Vertragsstrafe und zur Schadenspauschalierung demnach klar zu ziehen, so ist diese Grenze in der Praxis oft fließend, wie zahlreiche Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen.⁶¹⁾ Ein dem Betrag nach extrem hohes "Reugeld" kann sehr wohl die Funktion einer Vertragsstrafe annehmen, auch wenn man unterstellt, daß die Parteien wirklich ein Reugeld und keine Vertragsstrafe vereinbaren wollten. Ist nämlich der Betrag des "Reugeldes" höher als jeder denkbare Schaden, besteht ein echter Zusatzdruck auf den Schuldner, den Vertrag zu erfüllen, der über die gesetzliche Verpflichtung (§§ 326, 249 BGB) hinausgeht. In diesen Fällen besteht dann auch eine erhöhte Schutzbedürftigkeit des Schuldners, die konsequenterweise zur Anwendung der Vorschriften über die Vertragsstrafe, insbesondere über ihre Herabsetzung, führt.⁶²⁾

61) Vgl. z.B. BGHZ 21/370 (372); BGH NJW 1970/1915 (die in einem Maklervertrag vereinbarte "Reuprovision" kann Vertragsstrafe sein.)

62) Oben Note 61 ("Makler-Fall")

3) Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

a) Rechtszustand vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes

Bis in die jüngste Zeit vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes war die rechtliche Zulässigkeit von in AGB vorformulierten Vertragsstrafeklauseln zumindest im Grundsatz ziemlich unbestritten,⁶³⁾ wenngleich auch schon damals die richterliche Inhaltskontrolle zunehmend schärfere Maßstäbe hinsichtlich der Mißbräuchlichkeit im Einzelfall anlegte.⁶⁴⁾ Insbesondere im Bereich des Maklerrechts findet sich einschränkende Rechtsprechung,⁶⁵⁾ die allerdings nicht bei der Zulässigkeit von Vertragsstrafen in AGB überhaupt, sondern bei § 344, also bei der Akzessorietät, ansetzt.⁶⁶⁾ Auch die Kumulierung von Schadensersatzanspruch und Vertragsstrafe, die von der h.M. für grundsätzlich zulässig gehalten wird,⁶⁷⁾ hielt der BGH in AGB mit Recht für unwirksam.⁶⁸⁾ Ebenso wurden Schadenspauschalierungsklauseln in der h.M. auch in AGB für zulässig gehalten,⁶⁹⁾ wenngleich in der Literatur be-

63) Belke (oben Note 32), S.606; Eggert, Anm. zu OLG Nürnberg v. 22.2.1973 (NJW 1973/1974), NJW 1974/241; BGH BB 1963/712; OLG Nürnberg MDR 1972/418; gegen die Wirksamkeit Schmidt-Salzer (oben Note 36) Rdn.199; OLG Nürnberg NJW 1973/1974

64) z.B. BGH NJW 1971/1129

65) BGH WM 1971/190

66) BGH NJW 1975/163 (Anrechnung auf den Schadensersatzanspruch)

67) Siehe oben 2 a

68) Oben Note 66

69) Palandt-Heinrichs (35.Aufl.), § 276, Anm.5A b; Esser-Schmidt, Schuldrecht I (4.Aufl.), § 42 II, 2 c; 16 II 4.2 (S.178) der 5.Aufl.; Belke (oben Note 32), S.606; Lindacher (oben Note 7), S.204; BGH NJW 1970/29 (32); BGH NJW 1970/2017 (2018); BGH DB 1976/381

reits frühzeitig Gegenstimmen laut wurden.⁷⁰⁾ Auch wurde bereits damals in der Höhe der Pauschale im Einzelfall ein Kriterium für ihre Zulässigkeit gesehen: die Pauschale sollte annähernd den Unkosten zuzüglich des "üblichen Gewinns" entsprechen,⁷¹⁾ wozu es eine große Zahl von Einzelfallentscheidungen gibt.⁷²⁾ Dagegen wurde der Vorbehalt des Nachweises, daß im Einzelfall ein höherer Schaden entstanden sei, für unbedenklich gehalten;⁷³⁾ ebenso ein Ausschluß der Möglichkeit des Kunden nachzuweisen, daß im Einzelfall ein geringerer Schaden entstanden sei.⁷⁴⁾ Dem ist der BGH jedoch unter Berufung auf § 242 entgegengetreten.⁷⁵⁾ Ein anderes Korrektiv wurde in der Literatur in einer Ausdehnung der Herabsetzungsmöglichkeit des § 343 auch auf die Schadenspauschalen gesehen.⁷⁶⁾

b) Nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes

aa) Schadenspauschalierungen

Das AGB-Gesetz verbietet in § 11 Nr.5 Schadenspauschalierun-

-
- 70) Schmidt-Salzer (oben Note 36), Rdn.192; Zugehör (oben Note 31), S. 1895; für Kontrolle auch Kötz, 51.DJT A, S.76
- 71) BGH NJW 1970/29; BAG NJW 1967/751 (752)
- 72) Siehe die ausführliche Darstellung der Rechtsprechung bei Schlosser/Coester-Waltjen/Graba (oben Note 31), § 11 Nr.5, Rdn.9
- 73) Vgl. Zugehör (oben Note 31), S.1896
- 74) Zugehör (oben Note 31), S.1896; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba (oben Note 31), § 11 Nr.5, Rdn.11
- 75) BGH WM 1976/210
- 76) Belke (oben Note 32), S.606; Lindacher (oben Note 7), S.171

gen nicht generell, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich,

"wenn die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt, oder dem anderen Vertrags-
teil der Nachweis abgeschnitten wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale."

Dabei ist dem Richter kein Wertungsspielraum - wie in den Fällen des § 10 AGB-Gesetz eingeräumt, wie es auf den ersten Blick aussehen mag. Vielmehr handelt es sich im Falle des § 11 Nr.5 um eine - in dieser Häufung sicher methodisch fragwürdige - Ansammlung unbestimmter Rechtsbegriffe, die anhand der tatsächlichen Umstände des Einzelfalles, also der "individuellen Schadenskalkulation"⁷⁷⁾ des Verwenders, auszufüllen sind. Hierbei spielt die - wie auch immer geartete - "Angemessenheit" (wie in den Fällen des § 10) keine Rolle; die Schadenspauschale kann also nur "richtig" oder "falsch" sein.⁷⁸⁾ Die Prüfung, ob im Einzelfall eine Pauschale "richtig" kalkuliert ist, wird - soviel ist vorauszusehen - für den Richter nicht leicht sein, wenn man die verbreitete und verständliche Scheu der Parteien, ihre Kalkulationen offenzulegen, in Rechnung stellt. Es bleibt abzuwarten, ob sich nicht daher in der Praxis doch erneut eine - nunmehr dem Gesetz zuwiderlaufende - verdeckte Angemessenheitsprüfung durchsetzen wird, wie sie die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes entwickelt hatte.⁷⁹⁾

77) Siehe Frank/Werner, Die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen nach dem AGB-Gesetz, DB 1977/2171

78) So zutreffend Beuthien, Festschrift für Larenz, 1973, S.502; ebenso Frank/Werner (oben Note 77, S.2171)

79) Vgl. die Beispiele bei Schlosser/Coester-Waltjen/Graba (oben Note 72), § 11 Nr.5, Rdn.9

Das Messen der Pauschale am typischen Schadensverlauf entspricht jedenfalls dem hier vertretenen Begriff der Schadenspauschalierung als Typisierung des Schadens mit eindeutig liquidatorischer Zielrichtung, im Gegensatz zu der der Sanktion dienenden Vertragsstrafe. Daher ist das zweite Kriterium des Art.11 Nr.5 AGB-Gesetz, die Möglichkeit, einen im Einzelfall niedrigeren Schadensverlauf nachzuweisen, systemwidrig. Denn an sich ist - wie gezeigt⁸⁰⁾ - jede Abweichung, ob nach oben oder nach unten, von der einmal festgesetzten Pauschale dem Wesen der Pauschalierung gerade fremd. Die Vorschrift ist daher nur auf dem Hintergrund eines sehr weitgehenden Schuldnerschutzes zu sehen, der in Wirklichkeit andere Ziele verfolgt, als die Schadenspauschalierung zu verhindern. Denn die üblichen Pauschalierungen sind vom Rechtlichen her eben häufig deswegen nicht zu beanstanden, weil sie angesichts der in vielen Branchen oft sehr beträchtlichen Gewinnspannen meist durchaus dem typischerweise zu erwartenden Schaden entsprechen und daher eigentlich genau das Idealbild der Schadenspauschalierung im Rechtssinne sind. Demgegenüber bezweckt Art.11 Nr.5 b AGB-Gesetz, daß der Kunde angesichts der dem Vergleich ähnlichen Konstellation der Pauschalierung ohne es zu wollen oder auch nur zu wissen, durch AGB in einen angesichts der konkreten Umstände für ihn sehr ungünstigen "Vergleich"⁸¹⁾ gezwungen wird.

bb) Vertragsstrafen

Angesichts der Unterscheidung, die das AGB-Gesetz zwischen Schadenspauschalierungen und Vertragsstrafen hinsichtlich

80) Oben 2 b

81) Siehe dazu oben 2 b (S. 99 f.)

der Rechtsfolgen trifft, gewinnt die Abgrenzungsdiskussion zwischen beiden Rechtsinstituten, abgesehen von der Frage der Herabsetzbarkeit gemäß § 343 BGB, die hierbei vor allem eine Rolle gespielt hatte, neue Aktualität.⁸²⁾ Seit Inkrafttreten des AGB-Gesetzes ist daher nicht nur die "Vereinbarung" einer kumulativen Vertragsstrafe in AGB unwirksam,⁸³⁾ sondern im Rahmen der sonstigen Voraussetzungen⁸⁴⁾ des § 11 Nr.6 AGB-Gesetz jede Vertragsstrafe, soweit der sachliche und persönliche Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes reicht.⁸⁵⁾ Damit kann der Zweck, der hinter einer Vertragsstrafe regelmäßig steht, nämlich durch Androhung einer über das dispositive Recht hinausgehenden Sanktion einen zusätzlichen Druck zur Erfüllung auf den Schuldner auszuüben, mittels AGB legitimerweise nicht mehr erreicht werden.

cc) Nutzungs- bzw. Aufwendungsersatz

In Art.10 Nr.7 wird die Festsetzung einer unangemessen hohen Nutzungsvergütung oder eines unangemessen hohen Aufwendungsersatzes für unwirksam erklärt. Die Vorschrift entspricht dem Art.11 Nr.5 AGB-Gesetz, der vom Fall der Nichterfüllung oder des Verzuges ausgeht. Hier geht es stattdessen um den Fall des Rücktritts⁸⁶⁾ bzw. der Kündigung.⁸⁷⁾ Ähnlich wie bei Art.11 Nr.5 der typische Schadensverlauf, ist hier Maßstab der Angemessenheit derjenige Betrag, der kraft Gesetzes geschuldet wäre.⁸⁸⁾ Wird dieser Betrag⁸⁹⁾ merklich überschritten, ist die Klausel unwirksam.

82) Vgl. oben 2 b

83) So schon (vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes) BGH NJW 1975/163 (vgl. oben Noten 66, 68)

84) Dazu noch näher unten VI 2

85) Kaufleute siehe unten c

86) §§ 346 ff., 462 ff., 651 I II BGB, 2 AbzG

87) §§ 628, 649 BGB

88) Vgl. Palandt-Heinrich, § 10 AGB-Gesetz, Rdn.7

89) Er kann auch unabhängig vom AGB-Gesetz durch zwingendes Recht festgelegt sein, z.B. §§ 2, 1 III AbzG; §§ 4 V, 5 III FernUSG (oben I, Note 3)

c) Geltung des AGB-Gesetzes im kaufmännischen Handelsverkehr

Für den kaufmännischen Handelsverkehr gelten die §§ 10 und 11 AGB-Gesetz nicht, wie § 24 S.1 Nr.1 AGB-Gesetz festlegt. Danach bleiben Kaufleute⁹⁰⁾ ohne den Schutz dieser Vorschriften, wenn ihnen gegenüber bei einem Handelsgeschäft⁹¹⁾ AGB verwendet werden. Erst die künftige Rechtsprechung wird zeigen, inwieweit ihnen die Ausnahme des § 24 S.2 diesen Schutz auf dem Umweg über § 9 AGB-Gesetz, der auch gegenüber Kaufleuten gilt, zugute kommen wird. Einen Anhaltspunkt hierfür gibt allerdings die bisherige Rechtsprechung, die auch schon früher danach differenziert hat, wem gegenüber die zu prüfenden AGB verwendet wurden,⁹²⁾ und die im Rahmen des § 9 AGB-Gesetz ihre Bedeutung behalten wird.⁹³⁾

Was den pauschalierten Schadensersatz betrifft, so ist der Grundgedanke, daß die Pauschalierung in etwa dem typischerweise zu erwartenden Schaden entsprechen muß, auch im kaufmännischen Handelsverkehr zu beachten,⁹⁴⁾ wenngleich an die Toleranzmargen etwas geringere Anforderungen zu stellen sind, als bei direkter Anwendbarkeit von § 11 Nr.5 AGB-Gesetz. Das gleiche gilt im Falle des § 10 Nr.7 AGB-Gesetz: dort bietet - bei grundsätzlicher Anwendbarkeit - das Angemessenheitskriterium einen genügenden und auch sinnvollen Spielraum, einerseits mißbräuchliche, weil leoninische Klauseln "ausgesiebt" werden können, andererseits aber den

90) Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen Voll- und Minderkaufleuten, obwohl gerade letztere eines verstärkten Schutzes besonders bedurft hätten.

91) Vgl. §§ 343, 344 I HGB

92) Vgl. BGH NJW 1976/2346 m.w.N.

93) Vgl. Palandt-Heinrichs, § 9 AGB-Gesetz Anm.2, 5; siehe im übrigen oben 3 a

94) Vgl. BGHZ 67/312

Bedürfnissen des kaufmännischen Verkehrs nach Rationalisierung Rechnung getragen werden kann.

Vertragsstrafen sind nicht von ungefähr gerade im Handelsrecht ungemein weit verbreitet, während sie in Verträgen mit Endverbrauchern eine sehr geringe Rolle spielen. Dies zeigt, daß hier ein echtes Bedürfnis besteht; dem hat auch das AGB-Gesetz Rechnung zu tragen. Daher bleiben Vertragsstrafen insoweit auch weiterhin zulässig.⁹⁵⁾ Im einzelnen sind jedoch viele Regelungen nach § 9 AGB-Gesetz unwirksam, die den Vertragspartner unangemessen benachteiligen, so wenn die Voraussetzungen für den Verfall der Strafe besonders leicht eintreten oder die Strafe besonders hoch ist,⁹⁶⁾ desgleichen, wenn die Regelung des § 341 III BGB ausgeschlossen wird,⁹⁷⁾ oder entgegen dem (an sich dispositiven) § 340 BGB Strafe kumulativ zum Schadensersatz zu entrichten ist.⁹⁸⁾

95) Palandt-Heinrichs, § 11 AGB-Gesetz, Anm. 5 b; BGH NJW 1976/1886

96) Vgl. LG Frankfurt/Main NJW 1975/1519

97) OLG Karlsruhe BB 1980/600; OLG Nürnberg MDR 1980/398; siehe aber BGHZ 72/224 (bloße Abänderung zulässig)

98) BGH NJW 1975/163

VI. Strafklauseln und Schadenspauschalierungen im deutsch-spanischen Rechtsverkehr

1) Mögliche Konstellationen

a) Ausdrückliche Rechtswahl

aa) Deutsches Recht vereinbart

Im deutschen internationalen Privatrecht gilt - wie übrigens auch im spanischen¹⁾ - auf dem Gebiet des Vertragsrechts der Grundsatz der Parteiautonomie.²⁾ Danach können somit die Ver-

1) Art.10 CC:

...

5. Auf vertragliche Schuldverhältnisse ist dasjenige Recht anzuwenden, dem sich die Parteien ausdrücklich unterworfen haben, vorausgesetzt, es besteht irgendeine Verbindung zu dem Geschäft, um das es sich handelt; bei Fehlen einer solchen, das gemeinsame Heimatrecht der Parteien; bei Fehlen eines solchen das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Parteien und, an letzter Stelle, das Recht des Ortes des Vertragsschlusses.

Ungeachtet der Bestimmungen des vorstehenden Absatzes findet bei Fehlen einer ausdrücklichen Unterwerfung auf Verträge über unbewegliche Sachen das Recht des Ortes Anwendung, an dem die Sache belegen ist, und auf Kaufverträge über körperliche Sachen, die in Geschäftslokalen* getätigt worden sind, das Recht des Ortes, an dem sich der Stammsitz befindet.

* "establecimientos mercantiles" Peuster (oben I, Note 1, S.34) übersetzt mit "Handelsbetrieben", Makarov (Quellen des internationalen Privatrechts, 3.Aufl.1978, S.263) mit "Handelsniederlassungen"

- 2) Dies war bisher - soweit ersichtlich - weitgehend unbestritten (vgl. statt aller Palandt-Heldrich, vor Art.12 EGBGB, Anm.2 mit ausführlichen Nachweisen), wird aber zunehmend auch als Grundsatz in Zweifel gezogen (vgl. Schmitz, Haftungsausschlußklauseln, 1977, S.97; von Hofmann, Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen, RabelsZ 1974/396; Kropholler, Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei, RabelsZ 1978/648).

tragsparteien durch ausdrückliche Erklärung ihre vertraglichen Beziehungen einer Rechtsordnung unterstellen,³⁾ deren materielle Normen dann das Schuldstatut dieser Beziehung bestimmen. Schuldstatut kann also kraft ausdrücklicher Parteivereinbarung deutsches oder spanisches⁴⁾ Recht sein; vom vor allem im Handelsrecht häufigen Sonderfall der Vereinbarung eines dritten - "neutralen" - Rechts⁵⁾ soll hier abgesehen werden.

Ist als Schuldstatut demgemäß deutsches Recht vereinbart, stellen sich hinsichtlich der Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes keine Probleme: Gleichgültig, welche der Vertragsparteien AGB verwendet, unterliegen diese in jedem Fall der vollen Kontrolle nach dem AGB-Gesetz.⁶⁾ Ein in der Praxis gar nicht seltener Sonder-

-
- 3) Sofern diese einen - räumlichen oder sachlichen - Bezug zum Vertragsgegenstand aufweist, vgl. näher: Gamillscheg, AcP 157 (1958/59) 313; Neuhaus, Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl. 1976, § 33, IV; im spanischen Recht ist dies ausdrücklich geregelt, vgl. Art. 10 (5) CC (oben Note 1)
- 4) Dazu unten bb
- 5) Besonders bei internationalen Handelsverträgen - insbesondere mit Ostblockstaaten - oft üblich; vgl. neuestens Bendref, Vereinbarung neutralen Rechts in internationalen Verträgen, RiW 1980/386
- 6) Dies gilt auch, wenn der Fall von einem spanischen Gericht entschieden wird. In der Praxis allerdings wird der spanische Richter nicht ex officio deutsches Recht anwenden; vielmehr hat die Partei, die sich darauf beruft, die Geltung und den Inhalt des ausländischen Rechts mit den im spanischen Zivilprozeß zugelassenen Beweismitteln nachzuweisen. Der Richter kann sich aber aller Erkenntnisquellen bedienen, die er für angebracht hält, Art. 12 Nr. 6/2 CC. Die Rechtsprechung schwankt, behandelt aber in der Regel den Inhalt des ausländischen Rechts als Tatsache, die zu beweisen ist. Vgl. zum Ganzen Miguel Angulo Rodriguez, El Derecho extranjero y su tratamiento procesal en España, Libro Homenaje al profesor Sela Sampil, Estudios de Derecho Internacional Público y Privado II, Oviedo 1970, S. 967 ff. mit ausführlichen Nachweisen.

fall ist die ausdrückliche Vereinbarung deutschen Rechts als Schuldstatut, obwohl das Vertragswerk - oft von Laien verfaßt - in spanischer Sprache und zum Teil auch spanischer Rechtssterminologie abgefaßt ist.⁷⁾ Bestehen ansonsten keine Zweifel an der Wirksamkeit der Rechtswahlklausel überhaupt, ist der Vertrag dann, auch wenn er in spanischer Sprache abgefaßt ist, voll am deutschen Recht zu messen. Methodisch gesehen hat der damit befaßte deutsche Richter dann eine Auslegung des mit den fremden Rechtsbegriffen Gewollten vorzunehmen, ein Vorgang, der praktisch der Qualifikation des fremden Begriffs, z.B. einer cláusula penal, gleichkommt. Ergebnis dieser Auslegung ist dann die Subsumtion, ob die betreffende Klausel unter eine Vorschrift des AGB-Gesetzes fällt oder nicht.⁸⁾

bb) Spanisches Recht vereinbart

Ist kraft ausdrücklicher Parteivereinbarung Schuldstatut spanisches Recht, so geht diese Verweisung nach deutschem IPR auf das spanische Recht in seinen Sachnormen.⁹⁾ Die Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen des Vertrages, also etwa die Verwirkung einer Vertragsstrafe, der Verfall einer Anzahlung beurteilen sich daher für den deutschen Richter primär nach spanischem materiellem Recht, im vorliegenden Fall also nach dem Código Civil und seinen Nebengesetzen. Neben diesem primär zur Beurtei-

-
- 7) Meistens existieren zwei Fassungen in jeweils einer Sprache, von denen eine in einer Vertragsklausel als die "authentische" bezeichnet wird; vgl. etwa das 2.Beispiel oben III, Note 58
- 8) Praktisch hat der Richter also die gleiche Arbeit zu leisten, wie unten 2. bei der "Qualifikation" beschrieben. Der Unterschied liegt im Ergebnis: "Qualifiziert" er im hier vorliegenden Fall eine cláusula penal oder eine Verfallklausel als Vertragsstrafe im Sinne von § 11 Nr.6 AGB-Gesetz, ist sie ipso iure unwirksam, ohne daß es weiterer Überlegungen zur "Berücksichtigung" bedarf.
- 9) Bei ausdrücklicher Rechtswahl ist dies unproblematisch, vgl. jedoch unten c

lung berufenen Recht fließen jedoch weitere, dem berufenen Schuldstatut fremde, Normen in die Beurteilung ein. Dabei handelt es sich um von der deutschen Rechtsordnung als unverzichtbar angesehene, zwingende Vorschriften des eigenen Rechts, die sich - gerade wegen ihrer Bedeutung - gegenüber dem fremden Recht durchsetzen sollen.¹⁰⁾ Rechtstechnisch kann das auf verschiedene Arten geschehen, so insbesondere im Wege der Kumulation,¹¹⁾ der Sonderanknüpfung,¹²⁾ der *dépeçage*.¹³⁾ Im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen schreibt § 12 AGB-Gesetz eine spezielle Form der Sonderanknüpfung vor, nämlich der "Berücksichtigung" der Vorschriften des AGB-Gesetzes, soweit die sonstigen Voraussetzungen des § 12 erfüllt sind.¹⁴⁾ Die recht-

-
- 10) Die massivste Form des Eingriffs ist hierbei die Vorbehaltsregel des "ordre public" (Art. 30 EGBGB).
- 11) Ein typischer Fall hierfür sind Formvorschriften, siehe dazu Wengler, RGRK, § 20 b 2 (S. 555); auch bestimmte Lösungswege der verfassungskonformen Auslegung gleichberechtigungswidriger Anknüpfungen im internationalen Familienrecht (z.B. Art. 17 EGBGB) laufen auf eine Kumulation hinaus (vgl. z.B. AG München, FRES 1980 Nr. 0217).
- 12) Neben der hier besonders interessierenden Sonderanknüpfung zwingender Schuldrechtsnormen kommt der Sonderanknüpfung vor allem im Bereich des vorkonsensualen Verhaltens Bedeutung zu: z.B. ist bei der Beurteilung, ob das Schweigen im Rechtsverkehr rechtsgeschäftliche Bedeutung hat, neben dem Schuldstatut auch das Heimatrecht des Betroffenen zu "berücksichtigen", vgl. BGHZ 57/72. Dies gilt insbesondere auch bei der Frage der Einbeziehung von AGB, also ob AGB überhaupt Vertragsbestandteil werden, vgl. Jayme, Kollisionsrecht und Bankgeschäfte mit Auslandsberührung, 1977, S. 21 f.; Hepting, Die ADSP im internationalen Speditiionsverkehr, RiW 1975/457. Die (im übrigen sehr strittige [vgl. Jayme, Kollisionsrecht ..., S. 21 f. 7]) Frage soll hier nicht weiter untersucht werden; es ist jedoch klar, daß auch § 2 AGB-Gesetz zu denjenigen Vorschriften zählt, die im Rahmen von § 12 AGB-Gesetz "zu berücksichtigen" sind.
- 13) Siehe dazu (auch zur größeren Bedeutung dieses Instruments in anderen Phasen der Rechtsgeschichte) Lagarde, Le "dépêçage" dans le droit international privé des contrats, Riv. di diritto internazionale privato e processuale, 1975/649.
- 14) Dazu unten 2

liche Beurteilung des deutschen Richters einer cláusula penal oder einer ähnlichen Klausel im Rahmen eines Vertrages, auf den kraft ausdrücklicher Parteivereinbarung spanisches Recht als Schuldstatut anzuwenden ist, läuft daher in mehreren Stufen ab. Zunächst ist die Klausel unter die entsprechenden Vorschriften des spanischen Rechts¹⁵⁾ zu subsumieren und danach ihre Rechtsfolge zu bestimmen. Dann hat er die betreffende Klausel nach den Regeln des deutschen IPR zu qualifizieren, also zu fragen, ob es sich um eine Vertragsstrafe, eine Schadenspauschalierung oder keine dieser Rechtsfiguren handelt. Dann ist zu prüfen, ob sie unter die Vorschriften des AGB-Gesetzes zu subsumieren wäre, wenn deutsches Recht auf den Fall Anwendung fände, d.h. in erster Linie, ob die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des § 12 AGB-Gesetz vorliegen. Und schließlich - bei positivem Ergebnis - folgt die Stufe der "Berücksichtigung", also die Einführung bestimmter Rechtsfolgen des deutschen AGB-Gesetzes in die nach wie vor primär nach spanischem Recht erfolgende Beurteilung des Sachverhalts. Die Bewältigung dieses Vorgangs ist der zentrale Punkt dieser rechtlichen Beurteilung.¹⁶⁾

b) Keine ausdrückliche Rechtswahl

In vielen Fällen treffen die Parteien keine ausdrückliche Rechts-

15) Art.1152 ff. CC bzw. Art.1454 CC

16) Kommt der Fall bei der hier dargestellten Konstellation vor ein spanisches Gericht, wird der Richter ebenso spanisches Recht anwenden (Art. 10 (5) CC). Im Gegensatz zu seinem deutschen Kollegen besteht für ihn aber keine Veranlassung, sich mit zwingenden Normen einer fremden Rechtsordnung zu befassen, da das spanische Recht eine z.B. dem § 41 II österr.IPR-Gesetz von 1978 (oben I, Note 13) entsprechende Regelung nicht kennt. Das könnte sich eines Tages ändern, wenn Spanien als künftiges EG-Mitglied die bereits genannte (oben I, Note 24) Konvention vom 19.6.1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ratifiziert. Diese sieht in Art.7 vor, daß "den zwingenden Bestimmungen des Rechts eines anderen Staates, mit dem der Sachverhalt eine enge Verbindung aufweist, Wirkung verliehen werden (kann), soweit diese Bestimmungen nach dem Recht des letztgenannten Staates ohne Rücksicht darauf anzuwenden sind, welchem Recht der Vertrag unterliegt..." (vgl. dazu auch oben I, Note 33)

wahl, sei es, weil sie - übereinstimmend oder nicht - die Unterwerfung unter eine bestimmte Rechtsordnung stillschweigend vorausgesetzt haben, oder - nicht selten - sich hierüber überhaupt keine Gedanken gemacht haben. Somit hat der mit dem Fall befaßte Richter das Schuldstatut anhand sekundärer Kriterien zu bestimmen. Im deutschen Recht dient hierzu das Instrument des "hypothetischen Parteiwillens", der zwar dogmatisch gesehen ursprünglich als subjektives Anknüpfungsmoment zu verstehen war,¹⁷⁾ nunmehr aber weitgehend unabhängig vom wahren oder mußmaßlichen Willen der Parteien anhand objektiver Kriterien bestimmt¹⁸⁾ wird. Solche Kriterien sind vor allem die Sprache¹⁹⁾ und die Rechts-terminologie,²⁰⁾ in der der Vertrag abgefaßt ist, der Erfüllungsort²¹⁾ sowie mit einer neuen, immer stärker werdenden Strömung,²²⁾ die "charakteristische" oder "vertragstypische" Leistung, d.h. bei gegenseitigen Verträgen, bei denen die eine Leistung typischerweise in einer Geldzahlung besteht, die dieser Geldzah-

17) Vgl. dazu Gamillscheg (oben Note 3), S.323 (Ziff.6)

18) Jetzt ständige Rechtsprechung: vgl. BGHZ 17/89; BGHZ 19/110; BGHZ 57/72; BGHZ 61/221

19) Allerdings nur mit Vorsicht, vgl. z.B. AG Hamburg MDR 1954/422. Gerade bei deutsch-spanischen Verträgen deutet die Sprache sehr selten auf den tatsächlichen Schwerpunkt des Rechtsverhältnisses; auch ist zu bedenken, daß dem Richter bei zweisprachigen Verträgen meist die in seiner Sprache abgefaßte Version vorgelegt werden wird (so z.B. in den Fällen oben III, Note 58).

20) So z.B. die Entscheidungen RGZ 95/164 und 122/316; vgl. auch oben Note 19

21) Der Erfüllungsort tritt als subsidiäre Anknüpfung allerdings immer mehr zurück, vgl. OLG Köln OLGZ 1975/454

22) Vgl. Palandt-Heldrich, vor Art.12 EGBGB, Anm.2 a. Die vertragscharakteristische Leistung ist Anknüpfung in dem EG-Übereinkommen vom 19.6.1980 (oben I Note 24), Art.4 II; ebenso in Art.120 II Schweizer Entwurf (oben I, Note 16) und § 36 österr.IPR-Gesetz (oben I, Note 13); vgl. auch § 12 RAG (DDR-GBI.I 1975, Nr.46, S.748).

lung synallagmatisch gegenüber tretende Leistung. Das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort oder Geschäftssitz desjenigen, der diese vertragstypische Leistung erbringt, gilt als Schuldstatut.

Kommt der deutsche Richter bei der Prüfung zu dem Ergebnis, daß der so gefundene "hypothetische Parteiwille" auf spanisches Recht verweist, so wird er also spanisches Recht anwenden, allerdings hier nicht ohne weiteres die spanischen Sachnormen.

c) Rückverweisung

Denn anders als im Falle ausdrücklicher Rechtswahl, bei der stets auf die Sachnormen der jeweiligen Rechtsordnung verwiesen wird, ist im Falle der Anknüpfung an den "hypothetischen Parteiwillen" die Frage der Rückverweisung einer Untersuchung wert, weil in diesem Fall der Wille, sich einer bestimmten Rechtsordnung zu unterwerfen, gerade kein Kriterium sein kann.²³⁾

Allerdings steht - wie gezeigt²⁴⁾ - hinter der Anknüpfung an das nur scheinbar subjektive Kriterium des "hypothetischen Parteiwillens" eine Interessenabwägung auf objektiver Grundlage,²⁵⁾ die einen "Schwerpunkt" des Vertragsverhältnisses bestimmen soll. Eine solche "Schwerpunktbildung" aufgrund mehr oder weniger vorhersagbarer Kriterien²⁶⁾ ist naturgemäß Sachnormverweisung,²⁷⁾

23) So zutreffend Hartwig, Der Renvoi im deutschen internationalen Vertragsrecht, 1967, S.17 unter Berufung auf Kegel (Soergel-Kegel, BGB 75. Aufl. 1961/7 Bd.V, vor Art.7 EGBGB, Rdn 218)

24) Oben 1 b

25) st.Rsp., vgl. oben Note 18

26) Vgl. oben Noten 19 bis 21

27) So z.B. BGHZ 9/221; vgl. dazu Hartwig (oben Note 23), S.18

weil sie danach strebt, eine dem jeweiligen Sachverhalt am nächsten stehende materielle Rechtsordnung zu finden. Einer Annahme einer Rück- und Weiterverweisung bedarf es in solchen Fällen zumindest im technischen Sinne nicht; der "Wille" einer bestimmten Rechtsordnung, einen Sachverhalt zu regeln, oder nicht, kann aber implizit bei der Schwerpunktbildung eine wichtige Rolle spielen.²⁸⁾

Sobald aber die Anknüpfung wieder in einem starren objektiven Merkmal wie der vertragscharakteristischen Leistung²⁹⁾ gesehen wird, ist die Konstellation im Grunde die gleiche wie im Falle des Anknüpfens an den Erfüllungsort.³⁰⁾ In diesen Fällen ist auch nach der Rechtsprechung des BGH³¹⁾ eine Rück- oder Weiterverweisung durch das Recht des Erfüllungsortes zu beachten.³²⁾ Daher ist m.E. zumindest bei einem Anknüpfen an das starre Kriterium der "charakteristischen Leistung" - die im Interesse der Rechtssicherheit der flexibleren, aber auch weniger vorhersehbaren "Schwerpunktbildung" vorgezogen werden sollte - auch eine eventuelle Rück- oder Weiterverweisung der so berufenen Rechtsordnung zu beachten.³³⁾

28) So im US-amerikanischen Recht, vgl. dazu Wengler, RGRK, S.783 (Note 113 zu § 7)

29) Siehe oben Note 22

30) Oben Note 21

31) BGH NJW 1958/750

32) Zustimmend Graue, Rück- und Weiterverweisung im internationalen Vertragsrecht, AWD 1968/121 (125)

33) Dagegen ist die Auffassung der hM (Nachweise bei Palandt-Heldrich, vor Art.12 EGBGB, Anm.2 c) so lange interessengerecht, wie der hypothetische Parteiwille als Kriterium zur Schwerpunktbildung des Rechtsverhältnisses dient.

Einschlägige Norm auf spanischer Seite ist Art.10 Nr.5 CC.³⁴⁾ Danach ist bei Fehlen einer ausdrücklichen Rechtswahl (in dieser Reihenfolge) das gemeinsame Heimatrecht der Parteien, das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts oder das Recht am Ort des Vertragsschlusses berufen. Weist einer dieser Anknüpfungspunkte wieder auf das deutsche Recht, so kommt es damit zu einer Rückverweisung. Es hat dann also bei der Anwendung deutscher Sachnormen sein Bewenden. Dieses Ergebnis führt überdies zur Entscheidungsharmonie: auch der spanische Richter würde - wäre der Fall von ihm zu entscheiden - hier deutsches Recht anwenden.

Einen - in der Praxis wichtigen - Sonderfall regelt Art.10 Nr.5 Satz 2 CC. Danach ist bei Verträgen über unbewegliche Sachen³⁵⁾ - wenn eine ausdrückliche Rechtswahl fehlt - das Recht des Belegenheitsortes maßgebend. Liegt das Grundstück - wie meist - in Spanien, bleibt es also bei der Anwendung der spanischen Sachnormen; eine Rückverweisung findet dann nicht statt.

d) Sonderfall: Rechts"wahl" durch AGB

Häufig werden Rechts"wahl"klauseln bereits in AGB vorformuliert.³⁶⁾ In solchen Fällen ist bei der Prüfung der Wirksamkeit der "Rechtswahl" scharf zwischen dem Rechtswahlstatut einerseits und dem eigentlichen Schuldstatut andererseits zu trennen, wenn gleich die "Rechtswahl" meist in einer Klausel des Hauptvertrages erfolgt. Eine Prüfung anhand von § 10 Nr.8 AGB-Gesetz ist

34) Im vollen Wortlaut oben Note 1

35) Das spanische Recht kennt dabei nicht die dem deutschen eigene Trennung in Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft.

36) Meist gekoppelt mit einer Gerichtsstandsklausel

hierbei überhaupt nur dann sinnvoll, wenn ein Verwender klauselmäßig fremdes Recht stipuliert, da umgekehrt dem Kunden der Schutz des AGB-Gesetzes ja gerade gegeben würde.³⁷⁾ In diesem Fall ist aber das Vorliegen der Voraussetzungen von § 10 Nr.8 AGB-Gesetz - also ein anerkennenswertes Interesse an der Stipulierung des ausländischen Rechts - vom deutschen Richter immer zu prüfen, und zwar systematisch als Voraussetzung des Zustandekommens des "Verweisungsvertrages": greift § 10 Nr.8 ein, so läßt das hier zwingende deutsche Recht einen solchen "Verweisungsvertrag" durch AGB eben nicht zu. In diesem Fall ist aber dann ausgeschlossen, auf dem Weg über die Fiktion des "hypothetischen Parteiwillens", der ja auch nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu ermitteln ist, dann dennoch zur Geltung ausländischen Rechts als Schuldstatut zu gelangen, wenn schon der Verweisungsvertrag (weil weder dem Willen des Kunden noch objektiven Notwendigkeiten entsprechend) unwirksam war.³⁸⁾ Wenn aber ein solches anerkennenswertes Interesse zu bejahen ist, dann ist die Wirksamkeit des Verweisungsvertrages, also der Rechtswahl, nach deutschem Recht gesichert. In diesem Fall ergeben sich dann keine Besonderheiten gegenüber einer frei ausgehandelten Rechtswahl.³⁹⁾

-
- 37) Siehe Jayme, Allgemeine Geschäftsbedingungen und internationales Privatrecht, ZHR 142 (1978)/105 (117)
- 38) a.A. offensichtlich Graf v. Westphalen, International-privatrechtliche Probleme und AGB-Gesetz, WM 1978/1310 (1312)
- 39) Auch das spanische IPR läßt eine wirksame Rechtswahl nur bei Vorliegen "eines bestimmten Zusammenhangs mit dem Geschäft, um das es sich handelt" (Art.10 Nr.5 CC) zu. Weitere Einschränkungen für die Rechtswahl in AGB gibt es offenbar nicht.

e) Zusammenfassung

Im Falle, daß Schuldstatut deutsches Recht ist, sei es im Wege der ausdrücklichen Vereinbarung, der Anknüpfung an den "hypothetischen Parteiwillen" oder bei Rechts"wahl" in AGB, findet das AGB-Gesetz ohne weiteres und uneingeschränkt Anwendung. Weist die Anknüpfung, auf welchem Weg auch immer, auf das spanische Recht, so stellt sich, nachdem im Wege der Qualifikation geklärt ist, ob die betreffende Klausel unter eine der Vorschriften des AGB-Gesetzes fällt, das Problem der "Berücksichtigung" der Vorschriften des AGB-Gesetzes.

2) Weitere Voraussetzungen des § 12 AGB-Gesetz

Vor der Behandlung des Problems der "Berücksichtigung" bleibt zunächst noch zu prüfen, ob die weiteren Voraussetzungen, die in § 12 AGB-Gesetz genannt sind, erfüllt sind; andernfalls bleibt es bei der uneingeschränkten Anwendung des spanischen Schuldstatuts.

a) Willenserklärung im Inland

Der Vertragspartner muß seine auf den Vertragsschluß gerichtete Willenserklärung im Inland abgeben.⁴⁰⁾ Dies kann mündlich oder durch Absendung einer schriftlichen Willenserklärung (wohl der

⁴⁰⁾ § 12 Nr.2 AGB-Gesetz

Regelfall) geschehen.⁴¹⁾

b) Wohnsitz oder ständiger Aufenthalt im Inland

Der Vertragspartner des Klauselverwenders muß seinen Wohnsitz oder seinen ständigen Aufenthalt im Inland haben. Einer neueren Tendenz im internationalen Recht folgend,⁴²⁾ kommt es daher auf die Staatsangehörigkeit nicht an.

c) Angebot oder Werbung im Inland

Schließlich muß der Vertrag auf ein öffentliches Angebot, eine öffentliche Werbung oder eine ähnliche, im Inland entfaltete Geschäftstätigkeit des Verwenders zurückzuführen sein. An dieser Einschränkung zeigt sich besonders deutlich die territoriale Selbstbeschränkung des AGB-Gesetzes, die einen relativ starken Inlandsbezug für seine Anwendbarkeit fordert. Daher sind grundsätzlich all die Fälle ausgeschlossen, in denen sich der Kunde aus eigenem Antrieb an einen ausländischen Verwender wendet. Immerhin ist bemerkenswert, daß - nach dem Motiv des Herantretens an den Klauselverwender rein subjektiv und damit nicht nachweisbar ist - in der Regel genügen wird, daß der Verwender überhaupt eine Werbung oder eine ähnliche Tätigkeit im Inland entfaltet.⁴³⁾

41) Daher fallen z.B. Grundstückskaufverträge, die auf sogenannten "Besichtigungsflügen" am Ort abgeschlossen werden, nicht unter den Schutz des AGB-Gesetzes, obwohl gerade hier ein besserer Schutz der Käufer besonders nötig wäre.

Auch die EG-Konvention vom 19.6.1980 (oben I Note 24) wird den Fall nicht regeln. Zwar umfaßt Art.5 II, 3.Alt. der Konvention auch den Fall von Käufen anlässlich von vom Verkäufer organisierten Fahrten ins Ausland ("Kaffeefahrten"), beschränkt den Schutz aber auf den Kauf beweglicher Sachen (Bericht von Giuliano und Lagarde [oben I Note 327, S.24]).

42) Vgl. z.B. das Haager Unterhaltstatutsabkommen vom 24.10.1956 (BGBl.II 1012); das Haager Minderjährigenschutzabkommen vom 5.10.1961 (BGBl.1971 II, S.219); das Brüsseler Abkommen vom 27.9.1968 ("GVÜ", BGBl.1972 II, S.774) u.a.

43) Allerdings trägt der Kunde nach allgemeinen Regeln die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 12 AGB-Gesetz, vgl.z.B. Palandt-Heldrich, § 12 AGB-Gesetz Anm.2.

3) Anwendbarkeit im kaufmännischen Handelsverkehr

Der Vertragspartner des Verwenders darf kein Kaufmann⁴⁴⁾ sein, sofern der betreffende Vertrag zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört.⁴⁵⁾ Diese Frage der Kaufmannseigenschaft ist hierbei nach deutschem Recht zu beurteilen; dies ergibt sich aus dem Zweck der Vorschrift, die den inländischen Verbraucher schützen soll und daher die Abgrenzung Verbraucher - Kaufmann nicht der ausländischen Rechtsordnung überlassen kann.⁴⁶⁾ Die für den inländischen Bereich noch nicht ausdiskutierte Frage, ob auch eine Vertragsstrafe oder eine Pauschalierungsklausel auch gegenüber einem Kaufmann wegen § 9 AGB-Gesetz unter Umständen unwirksam sein kann,⁴⁷⁾ hat für den vorliegenden Fall keine Bedeutung. § 12 AGB-Gesetz ist durch § 24 eindeutig ausgeschlossen. Daher ist in diesem Fall eine "Berücksichtigung" von Vorschriften des AGB-Gesetzes im Rahmen des ausländischen Schuldstatuts rechtstechnisch nicht möglich; § 9 AGB-Gesetz kann keine Anwendung finden, wenn Schuldstatut ein ausländisches

44) §§ 24 I Nr.1 AGB-Gesetz, 1 ff.HGB (auch Minderkaufleute gelten im Sinne von § 24 I Nr.1 AGB-Gesetz als "Kaufleute", vgl. Palandt-Heinrichs, § 24 AGB-Gesetz, Anm.3 b aa)

45) §§ 343, 344 HGB

46) Zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft in diesem Fall vgl. Jayne (oben Note 37), S.115 f. (Note 57a); vgl. auch Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Kommentar, 3.Aufl.1978, § 24 Rdn.15 (S.630); Hübner, AGB und internationales Privatrecht, NJW 1980/2601 (2606 f.) scheint an das Recht desjenigen anknüpfen zu wollen, "der von seinem Heimatrecht als schutzwürdig angesehen wird". Hier kommt es aber allein auf den Schutz des inländischen Verbrauchers an.

47) Siehe dazu oben V 3 c

Recht ist.⁴⁸⁾ Was bleibt, ist daher lediglich die immer mögliche Prüfung des deutschen ordre public im Einzelfall im Rahmen des Art.30 EGBGB, soweit intern zwingende Normen des deutschen Rechts durch ausländische AGB abbedungen werden. Außerhalb des persönlichen Anwendungsbereichs des § 24 AGB-Gesetz sind die Vorschriften des AGB-Gesetzes aber nicht einmal intern zwingend. Immerhin sind besonders krasse Fälle denkbar,⁴⁹⁾ in denen § 9 AGB-Gesetz eine Rolle spielen könnte, aber dann eben bei der Prüfung des "allgemeinen" ordre public im Rahmen von Art.30 EGBGB und nicht über § 12 AGB-Gesetz.⁵⁰⁾

-
- 48) So aber unzutreffend Drobnig, AGB im internationalen Handelsverkehr, Festschrift für Mann, 1977/591 (611);
- 49) Man denke an Haftungs- oder Gewährleistungsausschlußklauseln (vgl.oben III, Note 79)
- 50) Eine entsprechende Vorschrift enthält die EG-Konvention vom 19.6.1980 (oben I Note 24) in ihrem Art.16.

VII. Die "Berücksichtigung" der Vorschriften des AGB-Gesetzes

1) Überblick

Führt die Qualifikation einer bestimmten Klausel zu dem Schluß, daß sie einen Tatbestand des AGB-Gesetzes erfüllt, so sind dessen Rechtsfolgen zu berücksichtigen. Was bedeutet dies nun in der Praxis? Von vornherein sicher ist nur, daß sich - im Gegensatz zur klassischen Methode der Sonderanknüpfung einer zwingenden Norm - eine direkte und unmittelbare, "apriorische" Anwendung der Rechtsfolge der jeweiligen AGB-Gesetzesvorschrift verbietet.¹⁾ Auf welche Fälle und in welcher Form stattdessen die AGB-Vorschriften tatsächlich anzuwenden sind, ist nunmehr zu untersuchen. Bei dieser Methode des "funktionellen Vergleichs"²⁾ ist dabei scharf zu trennen zwischen zwei verschiedenen Stufen der Subsumtion, die in etwa der Unterscheidung Tatbestand - Rechtsfolge im internen Bereich entsprechen:

Zunächst ist die Frage zu klären, ob und inwieweit die ausländische Rechtsordnung den Kunden im konkreten Fall schützt. Damit ist dann das Ergebnis zu vergleichen, zu dem das deutsche Recht - wäre es Schuldstatut - kommen würde. Diese Prüfung ist der eigentliche Kern des "funktionellen Vergleichs". Daran hat sich aber in einem zweiten Schritt die ebenso wichtige Stufe der Rechtsfolge anzuschließen. Denn nicht jede Ungleichheit der Behandlung eines Falles durch die ausländische Rechtsordnung zieht als Folge die Anwendung der AGB-Gesetz-Vorschriften nach sich, vielmehr ist jetzt

1) Schlosser (Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, AGB-Gesetz, § 12, Rdn 6) formuliert kühn, es sei dadurch möglich, dem anscheinend angeordneten "Normanwendungsimperialismus" zu entgehen und den Regelungsgehalt der Vorschrift auf ein vernünftiges Maß zu begrenzen.

2) Zum Begriff vgl. Jayme, Allgemeine Geschäftsbedingungen und internationales Privatrecht, ZHR 142 (1978)/105 (119); zum Schrifttum vgl. die Nachweise oben I, Note 36

im Wege einer nach Tatbestandsgruppen abgestuften Anwendung der AGB-Gesetz-Vorschriften, eben der "Berücksichtigung", die Äquivalenz herzustellen, dem Kunden in flexibler, jedoch die notwendige Rechtssicherheit gewährleistender Weise, der äquivalente Schutz zu gewähren.³⁾ Schließlich ist, soweit ein Eingriff in das fremde Recht nötig ist, um den äquivalenten Schutz zu gewähren, in einer dritten - nicht mehr unmittelbar zur "Berücksichtigung" gehörenden Stufe - die technische Frage der "Anpassung" der jeweiligen AGB-Gesetz-Normen an das fortgeltende spanische Schuldstatut zu klären.

2) Qualifikation

a) Vorhandene Kategorien

Die Vorschriften des AGB-Gesetzes, die im Rahmen der untersuchten Fragestellung möglicherweise gemäß § 12 AGB-Gesetz zu berücksichtigen sind, sind die §§ 10 Nr.7 (unangemessen hoher Aufwendungsersatz), 11 Nr.5 (Schadenspauschalierung ohne Möglichkeit, einen erheblich geringeren Schaden nachzuweisen) und 11 Nr.6 (Vertragsstrafe). Daher sind die in Betracht kommenden Klauseln zunächst nach diesen deutschen Kategorien zu qualifizieren, weil das AGB-Gesetz für jeden dieser Tatbestände verschiedene Rechtsfolgen vorsieht. Als Ansatzpunkt bietet sich die Frage nach dem Zweck, der Funktion der jeweiligen Klausel an.

3) Diese Unterscheidung wird nicht immer in der notwendigen Klarheit getroffen (vgl. z.B. die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Dr.7/3919, S.41). Beide Begriffe, funktioneller Vergleich und äquivalenter Schutz, werden im Wege einer "Äquivalenzprüfung" miteinander vermengt, wobei nicht klar genug erkannt wird, daß mit der Feststellung, welcher Schutz denn nun nach dem ausländischen Recht besteht, also ob von vornherein "Äquivalenz" besteht oder nicht, noch nichts darüber gesagt ist, wie diese gegebenenfalls herzustellen ist, ohne mit dem Holzhammer des "Normanwendungsimperialismus" (Schlosser, oben Note 1) oder der "Nationalismustendenz" (Koch/Stübing, AGB-Gesetz, 1977, § 12 Rdn 1) zu operieren. Gerade solche groben Klötze zu vermeiden, ist ja der Sinn der "Berücksichtigung".

Dies entspricht der spanischen⁴⁾ wie der deutschen⁵⁾ Lehre.

b) pena cumulativa

Wie oben⁶⁾ gezeigt, lassen sich zwei große Gruppen von Strafklauseln unterscheiden, je nachdem, ob sie liquidatorische oder poenale (bzw. im Stadium vor ihrer Verwirklichung: koerzitive) Funktion haben. Nach der von der spanischen Rechtsprechung und überwiegenden Lehre⁷⁾ vertretenen Auffassung haben eine rein poenale (koerzitive) Wirkung nur die cláusulas penales im engeren Sinne (cláusulas penales "puras"). Ihr Charakteristikum ist, daß sie eine Vertragsstrafe neben dem fortbestehenden Anspruch auf Erfüllung bzw. Schadensersatz vorsehen.⁸⁾ Deshalb werden solche Vertragsstrafen auch als penas cumulativas bezeichnet. Nach dem Código Civil muß diese Kumulation ausdrücklich und eindeutig

4) Siehe dazu oben III 3

5) Siehe dazu oben V 2

6) Oben III 3

7) Oben III 3, Noten 74 f.

8) Einige typische Beispiele für penas cumulativas:

"Erfüllt der Käufer seine Zahlungs- oder sonstigen Verpflichtungen nicht oder erklärt er, er weigere sich, dies zu tun, so kann die Verkäuferin als Vertragsstrafe 20 % des vereinbarten Gesamtpreises verlangen, oder einen weitergehenden Schaden geltend machen, unbeschadet ihres Rechts, auf der Vertragserfüllung zu bestehen oder vom Vertrag zurückzutreten..."

"Kommt der Käufer seinen jeweiligen vertraglichen Verpflichtungen nicht pünktlich nach, so kann die Verkäuferin, ohne daß es einer förmlichen Inverzugsetzung bedarf, 20 % des Gesamtpreises als pauschalierten Schadensersatz ohne Nachweis im einzelnen geltend machen. Das Recht, weitergehenden Schaden geltend zu machen, auf der Vertragserfüllung zu bestehen oder vom Vertrag zurückzutreten, bleibt unberührt."

"... Macht die Verkäuferin von dem Recht der Vertragsauflösung Gebrauch, ist sie ... mindestens berechtigt, vom Käufer eine Entschädigung von 25 % der Kaufsumme zu verlangen. Außerdem hat der Käufer der Verkäuferin die Kosten zu ersetzen, die der Verkäuferin wegen der Auflösung dieses Vertrages entstanden sind bzw. entstehen werden..."

vereinbart werden.⁹⁾

c) pena sustitutiva

Wird nichts ausdrücklich vereinbart, sondern im Vertrag lediglich von cláusula penal, pena convencional o.ä. gesprochen, so tritt der gesetzliche Regelfall ein, nämlich die Annahme der sogenannten "pena sustitutiva", die an die Stelle des verwirklichten Schadensersatzes tritt. Diese wird in der spanischen Rechtsprechung meist als cláusula penal im weiteren Sinne¹⁰⁾ bezeichnet.¹¹⁾ Sie hat eindeutig liquidatorische Funktion, so will es das Gesetz. Nichtsdestoweniger kann sie sehr wohl daneben auch den gleichen, wenn nicht einen höheren Druck auf den Schuldner ausüben wie eine pena cumulativa,¹²⁾ nämlich dann, wenn sie den typischerweise zu erwartenden Schaden so weit übersteigt, daß ihre Verwirkung ein "fühlbares Opfer"¹³⁾ für den Schuldner ist. Damit erfüllt sie die gleiche poenale bzw. koerzitive Funktion wie die pena cumulativa, sie hat also eine echte Doppelfunktion.¹⁴⁾ Orientiert sie sich dagegen der Höhe nach am zu erwartenden Schaden.

9) Art.1153 aE CC

10) Vgl. oben II 2

11) Ein Beispiel für eine einfache Strafklausel: "Der Käufer verpflichtet sich bei einem Vertragsrücktritt seinerseits vor Baubeginn 10 %, nach Baubeginn 15 % der Vertragssumme zu bezahlen."

12) Die folgende Klausel:

"Kommt der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises oder eines Teiles desselben in Verzug, so kann der Verkäufer nach der zweiten Zahlungsaufforderung von diesem Verträge zurücktreten. Zugleich darf der Verkäufer zu seinen Gunsten 35 % des Kaufpreises fordern bzw. einbehalten, und zwar als vereinbarten Schadensersatz oder nach Wahl des Verkäufers als Vertragsstrafe."

(die übrigens nur in deutscher Sprache formuliert war, obwohl Geltung spanischen Rechts vereinbart war) übt je nach Baufortschritt einen ganz erheblichen oder einen sehr geringen Druck auf den Schuldner aus.

13) Lobato, La cláusula penal en el Derecho Español, Pamplona 1974, S.33

14) Albaladejo (Derecho Civil, Barcelona 1970, S.185 f.) nennt das "función absorbente", also "umfassende" Funktion

tenden Schaden, so entfällt die koerzitive/poenale Funktion weitgehend, die Klausel "verkommt"¹⁵⁾ dann zur bloßen Schadenspauschalierung.

d) Mischformen: Reugeld und Verfallklauseln

Cláusulas penales im weiteren Sinne können auch noch in zwei weiteren Mischformen vorkommen, nämlich der sogenannten multa penitencial (oft auch latinisiert: "poenitentialis") und aller möglichen Spielarten von Verfallklauseln, die im Vertrag meist ebenfalls als cláusulas penales, zuweilen aber auch als arras oder senal bezeichnet werden. Was die multa penitencial betrifft, so ist sie ein erlaubtes Mittel, sich vom geschlossenen Vertrag wieder zu lösen.¹⁶⁾ Für einen daneben etwa bestehenden Schadensersatzanspruch ist daher begrifflich kein Raum. Anders bei einer Verfallklausel (pacto comisorio): wenngleich bei ihr in der Regel die bereits geleisteten Zahlungen "als Vertragsstrafe" oder "als Schadensersatz" bei Verzug des Käufers verfallen, wodurch die Klausel je nach Höhe des verfallenen Betrags als liquidatorisch oder als "umfassend"¹⁷⁾ im Sinne von Albaladejo zu quali-

15) Lobato (oben Note 13), S.34; ähnlich Espín Canovas, La cláusula penal en las obligaciones contractuales, RDP 1946/145 (153)

16) Die multa penitencial (oder: de arrepentimiento) wird vom Gesetz ausdrücklich den cláusulas penales zugewiesen, Art.1153 (1) CC; auch sie muß "klar" vereinbart sein; vgl. auch oben III 2 a dd

17) "absorbente", vgl. oben Note 11

fizieren ist,¹⁸⁾ ist es auch möglich und zulässig, diesen Verfall zusätzlich zu einer weitergeltenden Verpflichtung zur Erfüllung bzw. zum Schadensersatz zu vereinbaren.¹⁹⁾ Diese - dem deutschen Juristen besonders hart erscheinende - Sanktion ist dann aber eine echte pena cumulativa und unterliegt wie diese der einschränkenden Interpretation.²⁰⁾

e) Die jeweiligen Entsprechungen

Für die Qualifikation unter die deutschen Rechtsbegriffe des AGB-Gesetzes ergibt sich daher folgendes Bild:

-- Die pena cumulativa entspricht in ihrer Zwangs- bzw. Sanktionsfunktion am reinsten der deutschen Vertragsstrafe der §§ 339 S.1 BGB, 11 Nr.6 AGB-Gesetz. Dem steht nicht entgegen, daß nach der deutschen Lehre²¹⁾ die Auf-

18) Eine typische Klausel dieser Art ist das Beispiel bei Bayer, Rechtstraditionen auf dem Immobilienmarkt Andalusiens, Diss.Tübingen 1975, S.107: "Bleibt irgendeine der vereinbarten Raten zum festgesetzten Zeitpunkt aus, so wird der Verkäufer den Käufer mit eingeschriebenem Brief mit Rückschein den Zahlungsrückstand mitteilen und ihm eine Frist von einem Monat ab diesem Zeitpunkt zur Zahlung setzen. Verstreicht diese Frist, ohne daß der geschuldete Betrag gutgeschrieben wird, so gilt der vorliegende Vertrag mit allen Rechtswirkungen als aufgelöst, wobei dem Verkäufer die à-conto geleisteten Raten des Käufers verbleiben. Diese sind als Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages anzusehen. Das vorstehende gilt als Strafklausel." Bedenkt man, daß solche Klauseln regelmäßig mit einem Eigentumsvorbehalt (der in Spanien auch und gerade bei Immobilien möglich und weitverbreitet ist) gekoppelt sind, so wird klar, daß sich die Funktion mit der Zeit wandelt: kurze Zeit nach dem Kauf der Wohnung (der in der Regel mit einer äußerst niedrigen Anzahlung erfolgt), ist die Klausel sicher liquidatorisch. Mit zunehmender Zahl entrichteter Raten steigt hingegen kontinuierlich der Druck auf den Schuldner, weil er im Verzugsfall die bezahlten Raten und die Eigentumsanwartschaft (theoretisch selbst bei nur noch einer ausstehenden Rate!) verliert, vgl. Bayer, S.109).

19) Bei dem Beispiel aus Note 15 wäre dies durch Austausch des vorletzten Satzes gegen eine Formulierung wie "... das Recht auf Schadensersatz bleibt vorbehalten" möglich.

20) Vgl. oben IV 2 a; würde der vorletzte Satz im Beispiel Note 15 weggelassen, oder durch eine weniger eindeutige Formulierung als in Note 16 ersetzt, würde der Richter also eine pena substitutiva annehmen.

21) Vgl. oben V 2 b, Note 36

fassung von der Doppelfunktion der Vertragsstrafe überwiegt, weil nach der hier vertretenen Auffassung²²⁾ gerade die Zwangs- bzw. Sanktionsfunktion das charakteristische Kennzeichen der Vertragsstrafe gegenüber der Schadenspauschalierung ist.

-- Die pena sustitutiva, der gesetzliche Regelfall, hat immer liquidatorische Funktion. Daneben kann sie - nämlich wenn sie den regelmäßig zu erwartenden Schaden erheblich übersteigt - gleichzeitig auch eine poenale/koerzitive Funktion erfüllen. Daher ist bei der Qualifikation zu differenzieren: Übersteigt sie den regelmäßig zu erwartenden Schaden erheblich, so hat sie überwiegend das für die Vertragsstrafe typische Merkmal, auf den Schuldner Druck auszuüben. Daher ist sie dann als echte Vertragsstrafe zu qualifizieren. Entspricht dagegen ihre Höhe dem regelmäßig zu erwartenden Schaden oder übersteigt sie ihre Höhe nur unwesentlich, so hat sie ausschließlich liquidatorische Funktion. In diesem Fall ist sie als Schadenspauschalierung²³⁾ zu qualifizieren.

-- Die multa penitencial ist der typische Fall des nachträglich zu entrichtenden Reugeldes. Sie ist daher begrifflich weder Vertragsstrafe noch Schadenspauschale, sondern ein erlaubtes Mittel, sich vom Vertrag wieder zu lösen. Daß sie in wirtschaftlicher Hinsicht einer liquidatorischen Klausel ähnelt, ist rechtlich ohne Bedeutung; allerdings ist zu bedenken, daß ein in exzessiver Höhe vereinbartes Reugeld durchaus einen erheblichen Druck auf den Schuldner ausüben kann.²⁴⁾ Nach der spanischen Doktrin ist sie eine

22) Oben V 2 b (S. 99 ff.)

23) Oben V 2 b (S. 96 ff.)

24) Zur Entsprechung im deutschen Recht siehe oben V 2 c

Form der cláusula penal "im weiteren Sinne".²⁵⁾ Daher ist trotz der - grundsätzlichen - funktionalen Verschiedenheit die multa penitencial jedenfalls dann als Vertragsstrafe im deutschen Sinne zu qualifizieren, wenn sie so exzessiv hoch angesetzt ist, daß der wirtschaftliche Druck auf den Schuldner, den Vertrag zu erfüllen, dessen rein rechtlich bestehende Möglichkeit, vom Vertrag loszukommen, in den Hintergrund drängt. In diesem - aber nur diesem - Fall ist die multa penitencial also Vertragsstrafe im deutschen Sinne,²⁶⁾ im übrigen ist sie Reugeld auch im Sinne des deutschen Rechts, bei dem es folgerichtig mangels rechtswidrigen Verhaltens auch keinen Schadensersatz geben kann.

-- Die Verfallklauseln, die im spanischen Rechtsleben üblich sind, können je nach Inhalt unter alle drei der einschlägigen AGB-Gesetz-Vorschriften qualifiziert werden. Wird der Verfall des bereits Geleisteten (oder eines Teils davon) zusätzlich zum fortbestehenden Erfüllungszu- bzw. Schadensersatzanspruch bedungen, so handelt es sich um eine echte pena cumulativa, die entsprechend nach deutschem Recht unter § 11 Nr.6 AGB-Gesetz fiel. Geschieht dies nicht (einfache Strafklausel), so ist durch Auslegung zu ermitteln, ob der Verfall den dem anderen Teil entstehenden Schaden abdecken soll (dann trifft § 11 Nr.5 zu), oder ob es sich um einen Nutzungsersatz im Sinne von § 10 Nr.7 handelt. In der Regel wird eine Kombination aus beiden Funktionen vorliegen.²⁷⁾

25) Vgl. oben III 2 a dd, 2 g und III 3 c

26) Auf die Bezeichnung, die die Parteien gewählt haben, kommt es hierbei nicht an: vgl. zum deutschen Recht BGH NJW 1970/1915 ("Reueprovision"), zum spanischen Recht TS 7 - 7 - 1978 ("arras penitenciales")

27) Solche Verfallklauseln kommen hauptsächlich beim Wohnungskauf vor. In diesem Fall will der Verkäufer zum einen eine Entschädigung für den Zeitraum, in dem die Wohnung bereits bewohnt war, zum anderen aber auch den Schaden ersetzt haben, der dadurch entsteht, daß die Wohnung nun nicht mehr als neu verkauft werden kann.

Allerdings steht bei der typischen Fallkonstellation²⁸⁾ objektiv der Nutzungsersatz im Vordergrund, weil die Verfallklausel in aller Regel mit einer Vertragsauflösung (resolución) verbunden ist. Funktional entsprechen sie dann dem Aufwendungsersatz bei Rücktritt im deutschen Recht. Deshalb sind solche Verfallklauseln dann als Aufwendungsersatz im Sinne von § 10 Nr.7 AGB-Gesetz zu qualifizieren. Zu beachten bleibt, daß auch hier, wie bei der pena substitutiva und der multa penitencial auf dem Weg über die Höhe des verfallenden Betrages ein Funktionswandel eintreten kann. Übersteigt der Betrag etwa der verfallenen Raten oder der anderweitig bereits erbrachten Leistungen des Schuldners den Wert der Nutzung oder der Aufwendungen des Gläubigers ganz erheblich, so liegt auch hier in Wahrheit eine echte Vertragsstrafe vor, weil dann die Funktion der Klausel nicht wirklich Aufwendungsersatz, sondern in Wahrheit Druck auf den Schuldner ist. Demgemäß ist sie in diesem Fall unter § 11 Nr.6 AGB-Gesetz, also als Vertragsstrafe zu qualifizieren.

28) Siehe das Beispiel oben Note 18

3) Der Vergleich

a) Äquivalenter Schutz - vorhanden?

Als Grundlage des funktionellen Vergleichs ist nunmehr zu prüfen, welchen Schutz die spanische Rechtsordnung demjenigen gewährt, der sich in AGB einer der dargestellten Klauseln unterwirft.²⁹⁾ Dabei wird die bereits oben³⁰⁾ aufgestellte Systematik nach der jeweiligen Funktion der Klausel zugrundegelegt.

b) pena cumulativa

aa) nach spanischem Recht

Bei der reinen Strafklausel, also der pena cumulativa, die - wie gezeigt³¹⁾ - der deutschen Vertragsstrafe im Sinne des § 11 Nr.6 AGB-Gesetz voll entspricht - ist der Schutz, den die spanische Rechtsordnung gewährt, am stärksten. Zunächst ist im Wege der restriktiven Auslegung³²⁾ zu ermitteln, ob es sich bei der zu prüfenden Klausel überhaupt um eine kumulative Strafe handelt. Da das Gesetz vorschreibt, daß dies nur dann der Fall ist, wenn im Vertrag klar vereinbart ist, wirken sich Zweifel oder Unklarheiten voll zu Lasten des Gläubigers aus. Sie ist also insbesondere in AGB nur als Ausnahmefall anzunehmen, nämlich dann, wenn in der Formulierung klar zum Ausdruck kommt, daß die Strafe zusätzlich zu einem eventuellen Schadensersatz geschuldet wird. Andernfalls ist sie als pena substitutiva zu behandeln.

29) Siehe dazu zunächst oben IV 2 und 3

30) Oben III 3

31) Oben III 3 und VII 2 b, e

32) Dazu oben IV 2 a

Ist so festgestellt, daß eine pena cumulativa vorliegt, ist zu prüfen, ob sie der Umgehung des Verbotes wucherischer Kreditgeschäfte im Sinne des Art.9 des Gesetzes vom 23.7.1908³³⁾ dient. Dies hätte ihre Nichtigkeit zur Folge; ebenso, wenn sie zur Sicherung einer vom Gesetz verbotenen oder gegen die guten Sitten verstoßenden Leistung aufgestellt ist.³⁴⁾

Schließlich ist - ein praktisch sehr wichtiges Mittel des Schuldnerschutzes - die Frage der Zurechenbarkeit - und das heißt in aller Regel: des Verschuldens - zu prüfen.³⁵⁾ Die Nichterfüllung, der "Verzug", oder der sonst für die Verwirkung der Strafe festgesetzte Umstand muß daher auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Schuldners zurückzuführen sein, es sei denn, der Schuldner ist ausdrücklich in eine Garantiehaftung genommen. Nach spanischem Recht wäre dies ein selbständiges Strafversprechen.³⁶⁾

Nach einem Teil der Lehre schließlich,³⁷⁾ dem die Rechtsprechung bisher nicht folgt, ist schließlich zu prüfen, ob die Klausel das dispositive Recht des Código Civil³⁸⁾ ohne gerechtfertigten Grund in einer Weise derogiert, daß von dessen wesentlichen Grundgedanken erheblich zu Lasten des den AGB Unterworfenen abgewichen wird. Bei einer pena cumulativa, die schon nach dem Wortlaut des Gesetzes die Ausnahme darstellt, ist sie in aller Regel anzunehmen. Die Klausel ist daher dann wegen Verstoßes gegen die "allgemeinen Rechtsgrundsätze" des Art.6 CC unwirksam.³⁹⁾

33) Oben III 2 f und IV 2 d

34) Dazu näher oben IV 2 d

35) Art.1152 (2) CC; vgl. näher oben IV 2 b

36) Vgl. oben IV 2 b, Note 11.

37) Vgl. oben IV 3 b (S.87 ff.)

38) Art.1152 ff. CC

39) Zur Frage, ob der deutsche Richter, der den Fall zu prüfen hätte, diese Theorie entgegen der in Spanien selbst geltenden Rechtsprechungstendenz verwenden könnte, siehe unten 4 c bb

Nach der noch geltenden Rechtsprechung, die insofern keinen Unterschied zwischen individual-vertraglich vereinbarten und in AGB aufgestellten Klauseln macht und daher bisher dem dargestellten Weg nicht folgen würde,⁴⁰⁾ ist schließlich zu prüfen, ob bereits eine Teilleistung erbracht worden ist oder - wenn auch mangelhaft - erfüllt worden ist.⁴¹⁾ Ist dies der Fall - wie meist⁴²⁾ -, so ist die Strafe auch ohne Antrag des Schuldners herabzusetzen, und zwar auf einen Betrag, der dem Wert der bereits erbrachten Teilleistung oder der Schlechtleistung im Verhältnis zur geschuldeten Leistung berücksichtigt.⁴³⁾ Ist überhaupt noch nichts geleistet, oder findet das Recht von Navarra⁴⁴⁾ Anwendung, so kommt eine Herabsetzung nicht in Betracht.⁴⁵⁾

bb) nach deutschem Recht

Nach deutschem Recht wäre eine solche Klausel nach § 11 Nr.6 AGB-Gesetz zu behandeln und damit ohne weitere Prüfung ihres Inhalts unwirksam.

c) pena sustitutiva

aa) nach spanischem Recht

Bei der pena sustitutiva, die nach der spanischen Rechtsordnung der Regelfall ist und vor allem dann anzunehmen ist, wenn in der

40) Vgl. Note 39

41) Art.1154 CC

42) Weil es sehr häufig um die Sicherung von Teilzahlungsgeschäften oder Dauerschuldverhältnissen geht.

43) Dazu näher oben IV 2 c

44) Oben II 1 b, 2 c; III 2 c bb

45) Siehe aber oben III 2 bb Note 31

Vereinbarung allgemein und ohne nähere Präzisierung von cláusula penal, pena convencional o.ä. die Rede ist oder ihre Wirkungen umschrieben werden,⁴⁶⁾ gilt das zu b) Gesagte sinngemäß. Allerdings kann auch nach der Lehre von De Castro u.a.⁴⁷⁾ wohl nicht davon ausgegangen werden, daß eine solche pena substitutiva in AGB unwirksam wäre, weil sie eine ganz typische und außerordentlich gängige Rechtsfigur darstellt, die auch im Bewußtsein weiter Kreise ohne juristische Kenntnisse so verankert ist,⁴⁸⁾ daß auch nicht von einer überraschenden oder ungewöhnlichen⁴⁹⁾ Klausel gesprochen werden kann. Von den seltenen Fällen der Nichtigkeit aus anderen - oben⁵⁰⁾ angesprochenen - Gründen abgesehen, bleibt daher der Schuldnerschutz im wesentlichen auf die Herabsetzung im Falle der Teil- oder Schlechterfüllung beschränkt; dieser allerdings in jedem Fall und nicht nur, wenn die Strafe unverhältnismäßig ist.

bb) nach deutschem Recht

Nach deutschem Recht wäre die pena substitutiva Vertragsstrafe im Sinne des § 11 Nr.6 AGB-Gesetz, wenn sie im Verhältnis zum typischerweise zu erwartenden Schaden so hoch angesetzt ist, daß davon ein echter Zusatzdruck auf den Schuldner ausgeübt wird, bzw. im Falle der Verwirkung diesem eine echte zusätzliche Sanktion droht.⁵¹⁾ Orientiert sich die pena substitutiva hingegen in etwa

46) Dazu ausführlich oben 2 c

47) Vgl. oben IV 2 b (S.87 ff.)
siehe auch Jayme/Sacher, Neuere Entwicklungen des Rechts der AGB in Spanien, RiW 1981/ 597(599)

48) Siehe dazu Bayer, Rechtstraditionen ... (oben Note 18), S.109 f.

49) Nur dann wäre nach der Theorie von De Castro u.a. (oben Note 47) die Klausel unwirksam; vgl. auch Bayer (oben Note 18), S.110

50) IV 2 d

51) Dazu oben V, 2 a cc

an der Höhe des typischerweise entstehenden Schadens, wäre sie Schadenspauschalierung im Sinne des Art.11 Nr.5 AGB-Gesetz.⁵²⁾ Sie wäre also nur dann unwirksam, wenn sie dem Kunden den Nachweis abschnitte, es sei kein oder ein geringerer Schaden entstanden.⁵³⁾ Da ein solches "Abschneiden" ausdrücklich praktisch nicht vorkommt (in allen anderen Fällen ist mittels der "interpretación restrictiva" von der Zulässigkeit des Gegenbeweises auszugehen), ist eine solche Klausel dann in aller Regel auch nach deutschem Recht wirksam.⁵⁴⁾

d) multa penitencial

Die multa penitencial ist hier nur unter dem bei der Stufe der Qualifikation⁵⁵⁾ angesprochenen Gesichtspunkt zu untersuchen, nämlich dann, wenn sie vom Betrag her so hoch ist, daß sie dieselbe Funktion (Druck/Sanktion) wie eine Strafklausel hat. Im spanischen Recht gilt sie als Strafklausel im weiteren Sinne und unterliegt daher der selben Behandlung wie oben bereits anhand der pena sustitutiva⁵⁵⁾ dargestellt. Auch hier ist selbst nach der Theorie von De Castro u.a.⁵⁶⁾ eine Unwirksamkeit in AGB nicht anzunehmen.

52) Dazu oben V 2 b und VII 3 b aa

53) Erneut zeigt sich, daß nach der hier vertretenen Auffassung (oben V 2 b) Art.11 Nr.5 a AGB-Gesetz praktisch ins Leere geht: Übersteigt die Strafe den Durchschnittsschaden, ist sie ohnehin Vertragsstrafe (mit der Folge des § 11 Nr.6 AGB-Gesetz); entspricht sie ihm, ist sie auch zulässig.

54) Was bleibt, sind lediglich die Fälle einer überhöhten Strafe unter anderen als den in § 11 Nr.6 AGB-Gesetz genannten Voraussetzungen, vgl. auch oben V 3 b bb; vgl. auch Kötz, Zur Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln, NJW 1979/785 (788)

55) Oben 2 d

56) Oben Note 47 und IV 3 b

Nach deutschem Recht ist sie unter der genannten Voraussetzung (extreme Höhe) als Vertragsstrafe im Sinne von Art.11 Nr.6 AGB-Gesetz zu behandeln.⁵⁷⁾ Sie ist in diesem Fall also ohne weiteres unwirksam.

e) Verfallklauseln

aa) nach spanischem Recht

Verfallklauseln, die ein Verbleiben von bereits erbrachten Teilleistungen ganz oder teilweise beim Verwender vorsehen, sind cláusulas penales.⁵⁸⁾ Je nachdem, ob sie diese Sanktion zusätzlich zu etwaigem Schadensersatz oder anstelle davon (beides ist möglich) vorsehen, sind sie kumulative oder substitutive Strafklauseln und daher entsprechend den unter b) bzw. c) behandelten Fällen zu beurteilen. Im Falle einer substitutiven Verfallklausel ist dabei noch einmal in doppelter Hinsicht zu differenzieren: zum einen kann auch hier der Wert des Verfallenen so empfindlich hoch sein,⁵⁹⁾ daß der poenale-koerzitive Zweck weit überwiegt; in diesem Fall gilt das zu b) Gesagte entsprechend, mit dem Unterschied, daß hier wohl zumindest nach der Lehre von De Castro⁶⁰⁾ Unwirksamkeit angenommen werden kann, weil die mögliche Sanktion zur Schwere des Verstoßes weit außer Verhältnis steht. Von diesem Fall abgesehen, gilt nur der bereits oben b) und c) beschriebene Schuldnerschutz, ebenso wie in der zweiten hier möglichen Konstellation: daß nämlich die verfallenden Leistungen nicht als Schadensersatz, sondern als

57) Vgl. oben V 2 a

58) Vgl. ausführlich oben III 2 g

59) Siehe das Beispiel oben Note 18 (Wohnungskauf) und dazu Bayer (oben Note 18), S.108

60) Oben Note 47 und IV 3 b

Entgelt für den Gebrauch der Sache⁶¹⁾ begriffen werden.

bb) nach deutschem Recht

Nach deutschem Recht unterfielen die kumulative und die überhöhte substitutive Verfallklausel als Vertragsstrafe dem § 11 Nr.6 AGB-Gesetz und wären daher für die dort beschriebenen Voraussetzungen unwirksam. Die liquidatorische und die als Aufwendungsersatz begriffene Verfallklausel (durch Auslegung zu ermitteln), unterfielen demgemäß entweder dem § 11 Nr.5 oder § 10 Nr.7 AGB-Gesetz mit deren jeweiligen Rechtsfolgen. Was § 11 Nr.5 betrifft, so gilt das oben c) Gesagte auch hier entsprechend: die Klausel ist in aller Regel wirksam.⁶²⁾ Beim Aufwendungsersatz ist die Angemessenheit vom Richter zu prüfen, wobei die selben Grundsätze wie bei § 11 Nr.5 heranzuziehen sind.⁶³⁾

4) Äquivalenz

a) Gleichheit oder Gleichwertigkeit?

Der Idealfall der Äquivalenz nämlich, daß zwei, sowohl historisch wie ihrer Wesensart nach verschiedene Rechtsordnungen bei gleichen Konstellationen zu den gleichen Ausprägungen des Schuldnerschutzes kommen, ist nur in Ausnahmefällen zu erwarten. Im Verhältnis der deutschen zur spanischen Rechtsordnung ist dies, wie gezeigt, weitgehend nicht der Fall.

61) Häufig beim Ratenkauf von höherwertigen Konsumgütern (Autos, Farbfernsehern, Kühlschränken)

62) Vgl. oben c) bb)

63) Vgl. Kötz, MüKo, § 10 AGB-Gesetz, Rdn.37 (S.1472)

Die Gleichwertigkeit des Schutzes hingegen ist möglich⁶⁴⁾ und für die behandelten Fälle auch erforderlich.

b) Abstrakte Gleichwertigkeit

Eine solche Gleichwertigkeit im absoluten Sinne ist immer erst am ganz konkreten Einzelfall, am Ergebnis der Fall-Lösung zu erkennen.⁶⁵⁾ Allerdings können anhand der aufgestellten Systematik bestimmte Verallgemeinerungen getroffen werden. So kann sich die Gleichwertigkeit des konkreten Schutzes vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen daraus ergeben, daß die Rechtsprechung anhand von Generalklauseln ein Kontrollsystem geschaffen hat,⁶⁶⁾ daß eine administrative Kontrolle der betreffenden AGB stattfindet,⁶⁷⁾ oder daß zumindest eine Abschlußkontrolle⁶⁸⁾ zu passieren ist.⁶⁹⁾

-
- 64) Darüber, wie verschiedene Rechtsordnungen, die vor ähnliche Konflikte gestellt werden, auch tendenziell ähnliche Lösungen erarbeiten, siehe z.B. Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd.I, (1971), S.31. Dafür, daß das Vorhandensein eines Problems allein aber nicht genügt, sondern daß dazu der politische Wille zur Lösung in einem bestimmten Sinne gehört, bietet die Entstehungsgeschichte des deutschen AGB-Gesetzes ein sehr anschauliches Beispiel (siehe z.B. Ulmer-Brandner-Hensen AGB-Kommentar, 3.Aufl.1978, Einleitung II, Rdn.26 ff. (S.24 ff.)).
- 65) Ein sozusagen "abstrakter" Schutz hilft dem konkret Betroffenen überhaupt nichts.
- 66) Wie in Deutschland vor dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes
- 67) Wie in Skandinavien (siehe dazu die Nachweise oben I, Note 1)
- 68) Wie in Italien: Art.1341 CC
- 69) Zu der Verschiedenartigkeit der Kontrollsysteme sehr anschaulich Jayme, Allgemeine Geschäftsbedingungen und AGB-Gesetz, ZHR 142 (1978)/105 (112 ff.).

Soweit es die spanische Rechtsordnung betrifft, findet - wie gezeigt⁷⁰⁾ - eine Abschlußkontrolle bei Einbeziehung von AGB nicht statt. Auch eine administrative Kontrolle gibt es nicht.⁷¹⁾ Eine Inhaltskontrolle anhand von Generalklauseln ist - zumindest in der Rechtsprechung - nur in Ansätzen vorhanden⁷²⁾ und betrifft praktisch keinen der hier behandelten Fälle. Die speziell auf cláusulas penales zugeschnittenen Schutzmechanismen der spanischen Rechtsprechung, nämlich die restriktive Auslegung⁷³⁾ und die Herabsetzungsmöglichkeit⁷⁴⁾ sind abstrakt gesehen - wiewohl im Einzelfall immer vorab zu prüfen - in der Regel dem durch das AGB-Gesetz gewährten Schutz, nicht gleichwertig.

c) Herstellung gleichwertigen Schutzes in concreto

Daher ist von Fall zu Fall vom deutschen Richter der gleichwertige Schutz herzustellen. Dies hat in folgenden Stufen zu geschehen:

aa) Zunächst ist zu prüfen, ob das spanische Gesetz dem Kunden im konkreten Fall gleichwertigen Schutz bietet. Das gilt für pena cumulativa und pena sustitutiva und wird vor allem dann der Fall sein, wenn bereits etwas geleistet ist und damit die Herabsetzungsmöglichkeit des Art.1154 CC in Verbindung mit der restriktiven Auslegung der Klausel besteht. Denn damit kann es im Einzelfall durchaus für den Schuldner günstiger sein, eine (auch noch herabgesetzte) Strafe zu zahlen, die dann den Schadensersatz substituiert, als sich dieser

70) Siehe oben IV 3 a

71) Vgl. Clavería Gosálvez, La predisposición del contenido contractual, RDP 1979/667 (676 f.)

72) Siehe oben IV 3 b

73) Siehe oben IV 2 a

74) Siehe oben IV 2 c

Schadensersatzforderung,⁷⁵⁾ die unter Umstünden wesentlich höher als die herabgesetzte Strafe sein kann, auszusetzen.⁷⁶⁾ In diesem - gar nicht seltenen - Fall ist der Schutz zwar nicht abstrakt, aber dafür konkret nach spanischem Recht effektiver als nach deutschem. Die Gleichwertigkeit ist daher voll gewahrt; einer wie auch immer gearteten Anwendung des AGB-Gesetzes bedarf es nicht. Selbst wenn noch gar nichts geleistet ist und daher die Herabsetzung nach spanischem Recht nicht möglich ist, kann es im Wege der restriktiven Auslegung der Klausel für den Schuldner günstiger sein, die (dann volle) Strafe zu zahlen, als sich der Schadensersatzforderung des Gläubigers, die ja durchaus im Einzelfall wesentlich höher sein kann, auszusetzen. Man sollte nämlich in der Euphorie über den Wegfall der betreffenden Klausel nicht vergessen, daß auch dann Nichterfüllung Nichterfüllung bleibt und die entsprechende Schadensersatzforderung⁷⁷⁾ nach sich zieht. In diesen Fällen hat es bei der Geltung spanischen Rechts sein Bewenden; eine Anwendung des AGB-Gesetzes würde den Schuldner nicht besser, sondern schlechter stellen.

75) Art.1101 CC, vgl. oben IV 2 b

76) Hier zeigt sich allerdings besonders deutlich eine immanente Schwäche des Günstigkeitsprinzips: um zu entscheiden, ob es nach Heller und Pfennig günstiger für den Schuldner ist, die Strafe zu zahlen, oder nicht, müßte erst die Beweisaufnahme über den entstandenen Schaden mit all ihren Schwierigkeiten und Unwägbarkeiten erfolgen: ein Vorgang, den die Stipulation der cláusula penal gerade vermeiden will.

77) Insbesondere ist auch nach spanischem Recht der entgangene Gewinn zu ersetzen, Art.1106 CC. Ist der Fall vor einem deutschen Gericht zu entscheiden, so ist auch zu beachten, daß dann nach deutschem Prozeßrecht als lex fori die Beweiserleichterung des § 252 S.2 BGB gilt (vgl. BGHZ 29/398).

- bb) Ergibt sich trotz interpretación restrictiva und Herabsetzungsmöglichkeit eine Schlechterstellung des Schuldners, so ist unter Heranziehung des oben⁷⁸⁾ entwickelten Systems der Qualifikation zu differenzieren:

Handelt es sich um eine pena cumulativa (auch in Form einer entsprechenden Verfallklausel), so ist zunächst zu überlegen, ob der Schuldner durch die Anwendung der oben skizzierten Theorie von De Castro u.a.,⁷⁹⁾ wonach eine in AGB stipulierte pena cumulativa unwirksam wäre, geschützt werden kann, obwohl die spanische Rechtsprechung ihm diesen Schutz nicht gewähren würde. Zwar hat der deutsche Richter (er ist es ja, der hier zu entscheiden hat) das ausländische Recht so anzuwenden, wie es ein Richter, der dieser Rechtsordnung angehört, tun würde.⁸⁰⁾ Aber immerhin gehört auch die genannte Theorie als integraler Bestandteil zur fremden Rechtsordnung und es ist wahrscheinlich, daß auch die spanische Rechtsprechung im Laufe der Zeit diesen - bereits eingeschlagenen - Weg weitergehen wird. Deshalb ist es zumindest eine Frage wert, ob nicht eine solche Interpretation fremden Rechts im Lichte der eigenen, grundlegenden Wertungen,⁸¹⁾ die das fremde Recht ja nicht vergewaltigt, sondern sich in dessen vorgezeichneten Rahmen bewegt, ein geringerer, weil be-

78) Oben 2

79) Oben Note 47 und IV

80) Vgl. Zöller, ZPO, § 293 ZPO, Anm.V 1; BGH NJW 1976/1581

81) Zu dem Problem, daß der Richter bei Anwendung fremden Rechts im Grunde immer die eigenen, seinem kulturellen Herkommen entsprechenden Wertungen einfließen läßt, siehe Ehrenzweig, Local and Moral Data in the Conflict of Laws: Terra Incognita, Buffalo Law Review 10 (1966)/55; vgl. dazu Jayne, Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen, Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie, Gedächtnisschrift für Ehrenzweig, 1976, S.35 (39, 49); ähnlich auch Pound, Introduction to the Philosophy of Law, New Haven, 1953, S.47.

hutsamerer Eingriff in diese Rechtsordnung ist, als das "Aufpfropfen" einer speziellen Problemlösung des deutschen Rechts, wie hier der Vorschriften des AGB-Gesetzes. Es gibt einen Präzedenzfall in diesem Sinne, nämlich die deutsche Rechtsprechung zu Art.3 des Haager Minderjährigenschutzabkommens,⁸²⁾ die sich auch - oft in geradezu konträrer Weise - von den Wertungen des an sich anwendbaren fremden Rechts entfernt, um die Anwendung des noch härteren Knüppels des ordre public zu vermeiden,⁸³⁾ und schon dann die Wertungen und Grundsätze der deutschen Rechtsordnung zum Maßstab innerhalb des fremden Rechts macht, wenn sich nur überhaupt eine "regelungsfähige Lücke"⁸⁴⁾ des fremden Rechts als Einfallstor hierfür findet. In diesem Sinne könnten die "con-

82) vom 5.10.1961, BGBl.1971 II, S.217, abgedruckt u.a. in Jayme/Hausmann, Internationales Privat- und Verfahrensrecht (Textsammlung) München 1978 Nr.53 (S.121 ff.)

83) Vgl. die ausführlichen Nachweise aus Literatur und Rechtsprechung bei Palandt-Heldrich, Art.3 MSA (Anh.4 zu Art.23 EGBGB) Anm.2

84) So der zentrale Begriff zu Art.3 MSA; vgl. neuestens OLG Düsseldorf, FamRZ 1980/725

ceptos-válvula"⁸⁵⁾ der Art.6 und 7 CC⁸⁶⁾ mit ihren unbestimmten Rechtsbegriffen wie "allgemeine Rechtsgrundsätze" und "Rechtsmißbrauch" mit den Wertungen der deutschen Rechtsordnung erfüllt werden, um dem Erfordernis einer Gleichwer-

85) Die wörtliche Übersetzung dieses von Claveria Gosalvez (oben Note 71) geprägten Begriffs lautet "Ventil-Rechtsfigur"; er entspricht genau dem deutschen Begriff der Generalklauseln als "Einfallstore" (vgl. Claveria Gosalvez, oben Note 71, S.679)

86) Artikel 6

1. Die Unkenntnis der Gesetze entbindet nicht von ihrer Erfüllung.

Der Rechtsirrtum ruft nur diejenigen Wirkungen hervor, die die Gesetze bestimmen.

2. Der freiwillige Ausschluß eines anwendbaren Gesetzes und der Verzicht auf Rechte, die in ihm zuerkannt werden, sind nur dann gültig, wenn sie dem öffentlichen Interesse und der öffentlichen Ordnung nicht zuwiderlaufen und Dritte nicht beeinträchtigen.

3. Handlungen, die den Gebots- und Verbotsnormen zuwiderlaufen, sind in jeder Hinsicht nichtig, außer wenn in ihnen eine andere Folge für den Fall der Zuwiderhandlung festgelegt ist.

4. Handlungen, die mit Unterstützung des Wortlautes einer Norm vorgenommen worden sind, und die ein Ergebnis verfolgen, das von der Rechtsordnung verboten ist oder ihr zuwiderläuft, gelten als in Gesetzesumgehung begangen und hindern nicht die gebotene Anwendung der Norm, die zu umgehen man versucht hat.

Artikel 7

1. Rechte müssen gemäß den Erfordernissen von Treu und Glauben ausgeübt werden.

2. Das Gesetz unterstützt nicht den Mißbrauch des Rechtes oder die unsoziale Ausübung desselben. Jedes Handeln oder Unterlassen, das nach der Absicht seines Urhebers, nach seinem Zweck oder nach den Umständen, unter denen es geschieht, offenkundig die üblichen Grenzen der Ausübung eines Rechts zum Schaden Dritter übersteigt, ist Anlaß für die entsprechende Entschädigung sowie für die Ergreifung derjenigen gerichtlichen und Verwaltungsmaßnahmen, die das Festhalten am Mißbrauch verhindern.

(nach Peuster, oben II, Note 1)

tigkeit des Schuldnerschutzes zu genügen. Die Stipulation einer pena cumulativa in AGB wäre dann ein Rechtsmißbrauch im Sinne von Art.7 CC oder ein Verstoß gegen allgemeine Rechtsgrundsätze im Sinne von Art.6 CC, und damit unwirksam.

M.E. ist diese Lösung jedoch abzulehnen, weil sie, obwohl sie formal einen Eingriff in das fremde Recht überhaupt vermeidet (der Richter wendet nur spanische Vorschriften an), eine größere Vergewaltigung des fremden Rechts darstellt, als ein direkter, auch in der Begründung offengelegter Eingriff in einem genau begrenzten Fall. Daher hat - zumindest solange sich die neue Theorie nicht weiter durchgesetzt hat - zur Herstellung der Gleichwertigkeit auf die pena cumulativa der Art.11 Nr.6AGBG direkt Anwendung zu finden. Anders als bei der pena substitutiva ist hier kein Fall denkbar, bei dem der Schuldner im konkreten Fall durch Beibehaltung und Herabsetzung besser gestellt wäre, weil es ja gerade zu ihrem Wesen gehört, daß sie zusätzlich zum evtl. verwirkten Schadensersatz geschuldet wird. Daher ist in ihrem Fall der Schuldnerschutz, wie es vom AGB-Gesetz gewollt ist, nur durch direkte Anwendung der hierfür vom AGB-Gesetz vorgesehenen Rechtsfolge, nämlich der Unwirksamkeit, gewährleistet.

Im Falle der pena cumulativa ist das AGB-Gesetz daher durch Anwendung der Rechtsfolge von § 11 Nr.6 AGB-Gesetz zu berücksichtigen.

- cc) Ergibt sich, auch als Ergebnis der "interpretación restrictiva",⁸⁷⁾ daß eine pena substitutiva vorliegt und eine Herabsetzung entweder nicht möglich oder dem Schuldner nicht günstiger ist, so stellt sich das gleiche Problem der Herstel-

⁸⁷⁾ Vgl. oben IV 2 a (S.71 f.)

lung gleichwertigen Schutzes. Nur ist in diesem Fall der oben dargestellte Weg über die spanischen Generalklauseln noch weniger gangbar als bei der pena cumulativa, will man nicht die Rechtswirklichkeit auf den Kopf stellen, die solche Klauseln als normal und allgemein üblich begreift.⁸⁸⁾ Daher ist auch in diesem Fall auf das AGB-Gesetz direkt und nicht auf dessen allgemeine Wertungen zurückzugreifen.

Danach ergibt sich das gleiche Bild wie bei der pena cumulativa, wenn die Strafe dem Betrag nach verglichen mit dem gewöhnlichen Schadensverlauf so hoch ist, daß der poenale/koerzitive Zweck gegenüber dem liquidatorischen eindeutig überwiegt. In diesem Falle ist das Bild der Klausel ebenfalls charakteristisch für den mit § 11 Nr.6 AGB-Gesetz erfaßten Fall. Dieser Vorschrift ist dann auch die Rechtsfolge zu entnehmen: Auch bei Vorliegen einer pena substitutiva, die so hoch ist, daß sie den bei normalem Verlauf zu erwartenden Schaden eindeutig übersteigt, heißt "berücksichtigen" also Anwendung der Rechtsfolge des § 11 Nr.6 AGB-Gesetz. Eine solche Klausel ist daher unwirksam.

Entspricht die pena substitutiva hingegen in etwa dem bei normalem Verlauf zu erwartenden Schadensersatz, so handelt es sich - wie gezeigt⁸⁹⁾ - funktionell um eine Schadenspauschalierungsklausel. Nach spanischem Recht ist sie die "schwächste" bzw. schuldnerfreundlichste Form der cláusula penal; nach deutschem Recht entspricht sie dem Tatbestand des Art.11 Nr.5 AGB-Gesetz. Danach sind Schadenspauschalierungen auch weiterhin zulässig, wenn sie ihrer Höhe nach dem

88) Siehe dazu eingehend oben 3 c aa und IV 3 c

89) Vgl. oben 2 e und V 2 b

durchschnittlich zu erwartenden Schaden entsprechen⁹⁰⁾ und sie dem Kunden nicht den Nachweis abschneiden, ein Schaden sei nicht eingetreten oder wesentlich niedriger ausgefallen als die Pauschale. Letzteres ist in cláusulas penales praktisch nie der Fall: nicht, weil dem Kunden diese Möglichkeit gewährt werden soll, sondern weil einfach nicht daran gedacht wird. Wird aber keine ausdrückliche Regelung getroffen, so ist die Einwendung, ein Schaden sei gar nicht entstanden oder wesentlich geringer, nach spanischem Recht unbeachtlich: die Vereinbarung der cláusula penal soll ja gerade jede Diskussion über die Schadenshöhe ausschließen.⁹¹⁾

Die Konsequenz jedoch, deshalb eine solche Klausel für unwirksam zu erklären, würde dem Erfordernis der Flexibilität zuwiderlaufen, das gerade durch die vergleichsweise "weiche" Formulierung des § 12 AGB-Gesetz in das AGB-Gesetz eingebracht wurde. Das AGB-Gesetz selbst zeigt, daß die Rechtsfigur der Schadenspauschalierung im Gegensatz zur Vertragsstrafe in AGB eine gewisse Existenzberechtigung hat, weil es der prozessualen Erleichterung, der Verhinderung prozessualer Überraschungen und damit der Rechtssicherheit in einem weiteren Sinne dient. Der Mißbrauch der Schadenspauschalierung zu anderen als den genannten Zwecken wird durch Art. 11 Nr. 5 a und Nr. 6 AGB-Gesetz weitgehend verhindert. Darüber hinaus soll aber die Vorschrift des Art. 11 Nr. 5 b AGB-Gesetz den lauteren Gebrauch einer solchen Klausel erst ermöglichen,

90) Dies ist per definitionem der Fall, weil es sich nach der hier vertretenen Ansicht andernfalls um eine Vertragsstrafe handeln würde.

91) Vgl. Lobato (oben Note 13) S. 168; Espín Canovas (oben Note 15), S. 153, 161; Ruiz Vadillo, Algunas consideraciones sobre la cláusula penal, R. D.P. 1975/374 (379)

indem sie eine Art "erzieherische" Wirkung auf potentielle Klauselverwender ausübt: dem Verwender soll es von vornherein verwehrt sein, dem Kunden den Nachweis des geringeren Schadens durch die Klausel abzuschneiden.⁹²⁾ Das im internen Bereich sehr wirkungsvolle "erzieherische Moment", den Verwender zur Formulierung fairer Klauseln zu veranlassen, verliert im internationalen Bereich stark an Gewicht; es ist legitim, sollte aber auch genügen, bei bestimmtem Inlandsbezug ausländische Klauseln zu kontrollieren, aber es geht zu weit, ausländischen Verwendern auch noch die Formulierung ihrer Klauseln im Sinne des deutschen Rechts vorzuschreiben, wenn ausdrücklich fremdes Recht als Vertragsstatut vereinbart wird. Daher muß es in diesem Fall genügen, entgegen der Regelung des spanischen Rechts⁹³⁾ dem inländischen Schuldner die Möglichkeit zu geben, einen ausnahmsweise erheblich geringeren oder das gänzliche Fehlen eines Schadens nachzuweisen.

Im Fall der am tatsächlichen, regulären Schadensverlauf orientierten cláusula penal substitutiva heißt "berücksichtigen" daher Wirksamkeit der Klausel, auch wenn der Nachweis des geringeren oder gar keinen Schadens in der Klausel nicht ausdrücklich offengehalten ist, was nach spanischem Recht einen solchen Nachweis ausschließen würde. Dieses Recht einen geringeren Schaden oder das Fehlen eines Schadens nachzuweisen, ist dem Kunden jedoch dennoch zu gewähren.⁹⁴⁾

dd) Für die multa penitencial, also das nachträglich zu entrichtende Reuegeld, gilt unter der oben⁹⁵⁾ angesprochenen Vor-

92) Vgl. Kötz, MüKo, § 11 AGB-Gesetz, Rdn.40 ff. (S.1493 f.)

93) Vgl. oben Note 91; vgl. zum dt. Recht auch Kötz (oben Note 54), S.788

94) Der Nachweis, es sei ein geringerer oder gar kein Schaden entstanden, ist vor dem deutschen Richter nach deutschem Prozeßrecht zu führen, vgl. etwa Zöller(-Geimer), ZPO, Einleitung VII (S.25 f.), Anm.C 1 ff, mit ausführlichen Nachweisen (Anm.C 2 §.26/

95) Oben 3 d und III 2 a dd

aussetzung, daß sie außergewöhnlich hoch ist, das gleiche wie für die pena sustitutiva coercitiva.⁹⁶⁾ Daher ist die Rechtsfolge auch bei ihrem Vorliegen dem Art.11 Nr.6 AGB-Gesetz zu entnehmen; die Klausel ist dann unwirksam.

- ee) Die substitutive Verfallklausel⁹⁷⁾ schließlich ist - wie gezeigt - in der Regel als Aufwendungsersatz im Sinne von Art. 10 Nr.7 AGB-Gesetz zu qualifizieren. Diese Vorschrift bietet dadurch, daß sie den unbestimmten Rechtsbegriff der "Angemessenheit" enthält, ausreichend Raum für eine flexible Anwendung auch auf Fälle mit Auslandsbezug. Daher ist die Rechtsfolge in ihrem Fall dem Art.10 Nr.7 AGB-Gesetz zu entnehmen: Es kommt also darauf an, ob die Nutzungsvergütung, der Aufwendungsersatz oder das Entgelt für erbrachte Leistungen "angemessen" ist, d.h. ob sie den typischerweise zu erwartenden Aufwendungen bzw. Nutzungen entspricht oder nicht.

5) Zwischenergebnis

Die gestufte Berücksichtigung der AGB-Gesetzes-Vorschriften ergibt also - immer unter den Voraussetzungen des § 12 AGB-Gesetz - auf die verschiedenen Formen der cláusulas penales angewandt, folgendes Bild:

- Erste Stufe jeder Prüfung ist - nach spanischem Recht - die Frage, ob bei teilweiser oder Schlechterfüllung die Strafe herabgesetzt werden kann und der Schuldner dadurch besser steht als bei Nichtigkeit der Klausel. Zusammen damit ist - ebenfalls nach spanischem Recht - die Klausel restriktiv-

96) Oben 3 c und III 2 a dd

97) Vgl. oben 3 e und III 2 g

tiv auszulegen, um so bei den geringsten Zweifeln das Vorliegen einer pena cumulativa auszuschalten.

- Liegt - bei klarem Wortlaut - eine pena cumulativa vor, so ist diese in voller Anwendung von § 11 Nr.6 AGB-Gesetz unwirksam.
- Liegt eine pena sustitutiva vor, deren Höhe den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden erheblich übersteigt, so ist diese ebenfalls in voller Anwendung von § 11 Nr.6 AGB-Gesetz unwirksam.
- Liegt eine pena sustitutiva in einer Höhe vor, die in etwa dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden entspricht, so ist diese (entgegen § 11 Nr.5 AGB-Gesetz) wirksam, auch wenn sie - nach spanischem Recht - die Möglichkeit für den Kunden ausschließt, einen ausnahmsweise geringeren Schaden nachzuweisen. Dem Schuldner bleibt jedoch trotzdem diese Möglichkeit, nämlich nachzuweisen, daß ausnahmsweise ein geringerer oder gar kein Schaden entstanden ist.
- Liegt eine multa de penitencia vor, so ist diese, wenn sie exzessiv hoch ist, in entsprechender Anwendung von § 11 Nr.6 AGB-Gesetz unwirksam.
- Liegt eine kumulative Verfallklausel vor, so ist darauf ebenso wie auf die pena cumulativa § 11 Nr.6 AGB-Gesetz voll anzuwenden; sie ist also unwirksam.
- Liegt eine substitutive Verfallklausel vor, so ist durch Auslegung zu ermitteln, ob es sich funktional um einen Aufwendungsersatz oder um eine Schadenspauschalierung handelt. Im Falle des Aufwendungsersatzes ist die Rechtsfol-

ge § 10 Nr.7 AGB-Gesetz zu entnehmen, d.h. die Klausel ist nur dann unwirksam, wenn die festgelegte Ersatzleistung unangemessen hoch ist. Im Falle der Schadenspauschalierung ist die Klausel in jedem Fall wirksam; jedoch ist dem inländischen Schuldner immer das Recht zu gewähren, den Nachweis zu führen, es sei ein geringerer oder gar kein Schaden entstanden.

6) Die Anpassung

Ist die cláusula penal wegen der Berücksichtigung des AGB-Gesetzes unwirksam, so stellt sich die Frage nach der Ausfüllung der durch den systemfremden Eingriff entstandenen Lücke. Dogmatisch handelt es sich hierbei um ein Problem der Anpassung.⁹⁸⁾ Nach einem allgemeinen Grundsatz ist dabei die entstandene Lücke nach Möglichkeit aus dem fremden Recht selbst zu füllen.⁹⁹⁾

Im vorliegenden Fall ist dies relativ problemlos möglich, weil das spanische Gesetz selbst die Frage nach dem Schicksal des restlichen Vertrages im Falle der Nichtigkeit der cláusula penal behandelt: Ausgehend von dem auch in der spanischen Rechtsordnung gültigen Grundsatz, daß bei Teilunwirksamkeit das Rechtsgeschäft im übrigen unberührt bleibt, stellt Art.1155 Abs.2 CC ausdrücklich fest, daß die Hauptverpflichtung von der Nichtigkeit der cláusula penal unberührt bleibt. Damit gelten für die wegen der Berücksichtigung des AGB-Gesetzes entstehende Nichtigkeit die gleichen Regeln, wie wenn die Klausel aus Gründen, die im spanischen Recht selbst liegen, unwirksam wäre. Der Gläubiger ist also auf den nor-

98) und zwar der Sachnormen der Art.1152 ff.CC; vgl. zur Anpassung von Sachnormen neuestens Kropholler, Die Anpassung im Kollisionsrecht, Festschrift für Ferid (1978), S.279 ff.

99) Vgl. z.B. Raape-Sturm, IPR, § 14 c (S.263) mit zahlreichen Nachweisen (Noten 16 ff. [S.268 ff.7])

malen Weg, Schadensersatz zu erlangen, verwiesen, wenn die betreffenden Voraussetzungen der Art. 1100 ff. CC¹⁰⁰⁾ vorliegen.

Im anderen Fall, also der Weitergeltung der cláusula penal, jedoch mit der Möglichkeit für den Schuldner, nachzuweisen, daß ein erheblich geringerer oder gar kein Schaden entstanden ist, stellt sich das Problem der Anpassung nicht. Die Frage ist vielmehr prozessual zu lösen und unterliegt daher bei der Behandlung durch ein deutsches Gericht ohnehin der lex fori.¹⁰¹⁾

100) Vgl. oben IV 2 b

101) Vgl. oben Note 94

VIII. Zusammenfassung und Ausblick

1) Die cláusula penal im spanischen Zivilrechtssystem

- a) Die cláusula penal des spanischen Rechts läßt sich, wie ausführlich gezeigt, nach ihrer Funktion in drei große Gruppen gliedern. Bei der ersten dieser Gruppen wird die Vertragsstrafe kumulativ zum verwirkten Schadensersatz geschuldet. In diesem Fall hat die Klausel ausschließlich den Zweck, auf den Schuldner einen zusätzlichen Druck zur Erfüllung auszuüben, bzw. ihn im Falle der Nichterfüllung mit einer zusätzlichen Sanktion zu belegen. Die Klauseln der zweiten Gruppe entsprechen dem gesetzlichen Regelfall des spanischen Rechts; sie treten im Nichterfüllungsfall an die Stelle des geschuldeten Schadensersatzes und haben daher liquidatorische Funktion. Die durch sie geschuldete Strafe ist aber gegenüber dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden (und damit dem Schadensersatz, der ohne Existenz der cláusula penal geschuldet wäre) so hoch angesetzt, daß davon ein zusätzlicher Druck (bzw. im Nichterfüllungsfall eine zusätzliche Sanktion) auf den Schuldner ausgeht, der den liquidatorischen Zweck demgegenüber in den Hintergrund treten läßt. Charakteristikum der dritten Gruppe schließlich ist die rein liquidatorische Funktion. Die Höhe der durch sie festgesetzten Strafe entspricht in etwa dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden. Damit wird durch sie ein zusätzlicher Druck auf den Schuldner nicht ausgeübt; es handelt sich dabei also um typische Schadenspauschalierungen.
- b) Der Schutz des Schuldners vor unbilligen Vertragsstrafen wird in erster Linie durch eine seitens der Rechtsprechung restriktiv gehandhabte Auslegung gewährleistet, nach der eine kumulative Vertragsstrafe nur in seltenen Fällen Bestand hat. Weiter hat der Richter die Pflicht, eine Vertragsstrafe immer dann

herabzusetzen, wenn schon Teilleistungen erbracht worden sind oder eine Schlechterfüllung stattgefunden hat, unabhängig davon, ob die Strafe überhöht ist, oder nicht.

- c) Ein über die allgemeinen Schutzmechanismen hinausgehender Schutz vor unbilligen Vertragsstrafen in AGB ist nur in Ansätzen zu verzeichnen. Danach kann eine cláusula penal nichtig sein, wenn sie gegen allgemeine Rechtsgrundsätze verstößt oder einen Rechtsmißbrauch darstellt. Nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung betrifft dies aber nur besonders krasse Fälle, insbesondere des Wuchers. Es bleibt abzuwarten, inwieweit sich die auch in Spanien vertretene Theorie, AGB dürften nicht ohne gerechtfertigten Grund zu Lasten des Kunden von den leitbildhaften Bestimmungen des dispositiven Rechts abweichen, in der Rechtsprechung durchsetzen wird.

2) Die Technik der Berücksichtigung

Die Berücksichtigung der Vorschriften des AGB-Gesetzes im Rahmen des fortgeltenden spanischen Schuldstatuts erfolgt in mehreren Stufen. Zunächst ist im Wege der Qualifikation zu klären, auf welche cláusulas penales welche Vorschriften des AGB-Gesetzes passen. Danach sind die kumulative Vertragsstrafe und die zwar liquidatorische, jedoch in der Höhe den nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge zu erwartenden Schaden erheblich übersteigende Strafe Vertragsstrafen im Sinne des Art.11 Nr.6 AGB-Gesetz; die liquidatorische cláusula penal, die sich in der Höhe nach dem zu erwartenden Schadensverlauf richtet, ist ihrer Funktion nach Schadenspauschalierung im Sinne des Art.11 Nr.5 AGB-Gesetz. In einer zweiten Stufe ist sodann zu vergleichen, inwieweit bereits die spanische Rechtsordnung im konkreten Fall dem Schuldner einen dem des AGB-Gesetzes äquivalenten Schutz gewährt. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn bereits ein Teil oder schlecht geleistet ist. Dann wird

häufig eine Strafe, die an die Stelle des Schadensersatzes tritt, für den Kunden günstiger sein, als der Wegfall der Klausel, durch den er der vollen Schadensersatzforderung des Gläubigers ausgesetzt ist. In den übrigen Fällen, in denen ein äquivalenter Schutz nicht besteht, ist in einer dritten Stufe durch eine flexible Übertragung der Rechtsfolgen der entsprechenden AGB-Vorschriften diese Äquivalenz herzustellen. Dies geschieht in folgender Weise:

Bei den Klauseln, die dem Tatbestand des Art.11 Nr.6 AGB-Gesetz entsprechen, bei denen also der Druck-, bzw. Sanktionszweck im Vordergrund steht, kommt zum Schutze des Schuldners die Rechtsfolge des Art.11 Nr.6 AGB-Gesetz voll zur Anwendung. Diese Klauseln sind daher unwirksam. In den Fällen, in denen die cláusula penal funktionell einer Schadenspauschalierung entspricht, ist dem Zweck des Schuldnerschutzes dadurch Genüge getan, daß die Klausel entgegen Art.11 Nr.5 b AGB-Gesetz ihren rechtlichen Bestand behält, dem Schuldner aber die Möglichkeit eingeräumt wird, zu beweisen, daß ausnahmsweise ein geringerer oder gar kein Schaden entstanden ist. Schließlich ist im Wege der Anpassung die Folge der Unwirksamkeit der Klausel für das übrige Rechtsgeschäft dem spanischen Schuldstatus zu entnehmen. Danach bleibt bei Unwirksamkeit der cláusula penal das zugrundeliegende Rechtsgeschäft bestehen, der Gläubiger kann dann also im Falle der Nichterfüllung den ihm zustehenden Schadensersatz verlangen.

.3) Kritik

Die hier angewandte Technik der stufenweisen Abfolge verschiedener Prüfungskriterien bei der Berücksichtigung der Vorschriften des AGB-Gesetzes, also

- Qualifikation;
- Äquivalenzprüfung anhand der vollen Bandbreite der fremden Rechtswirklichkeit;

- Äquivalenzherstellung durch flexible Anwendung der Rechtsfolgen der AGB-Gesetzes-Vorschriften;
- Anpassung durch Entnahme der Rechtswirkungen der Äquivalenzherstellung aus dem fortbestehenden fremden Schuldstatut;

ist durchaus auf andere Rechtsinstitute und andere Rechtsordnungen zu verallgemeinern, wobei es gerade dann, wenn Schuldstatut eine Rechtsordnung ist, die auf dem Gebiet des Schutzes vor unbilligen AGB weit vorangeschritten ist, häufig vorkommen wird, daß eine "Äquivalenzherstellung" gar nicht mehr notwendig wird, weil die fremde Rechtsordnung den Schuldner im Ergebnis, wenngleich vielleicht auf einem ganz anderen rechtstechnischen Weg, genauso oder sogar umfassender schützt als das deutsche Recht. Wo die Hauptschwierigkeit in diesem, wie auch in dem vorliegend untersuchten Fall liegt, ist offenkundig: Die Priorität bei § 12 des AGB-Gesetzes liegt eindeutig - ob zu Recht oder Unrecht, sei dahingestellt - bei einer extremen Einzelfallgerechtigkeit; in extremis ist bei jedem einzelnen Fall die fremde Rechtsordnung in ihrer gesamten Breite einschließlich der - nicht immer mit dem geschriebenen Recht übereinstimmenden - Rechtswirklichkeit auf Schutzmechanismen, die an ganz unerwarteten Stellen verborgen sein können, zu überprüfen, um die Frage nach der Schutzäquivalenz beantworten zu können. Angesichts des damit verbundenen Arbeitsaufwandes - von den rein technischen Schwierigkeiten des Zuganges zu den fremden Rechtsquellen ganz abgesehen - ist dies eine Aufgabe, die den ohnehin meist an der Belastbarkeitsgrenze arbeitenden Richter in der Regel schon rein quantitativ überfordert. Auch ist von ihm die zum Verständnis nicht nur einer, sondern einer Vielzahl möglicher Rechtsordnungen unumgängliche Einfühlung in Geschichte und Mentalität der Kulturen, der diese Rechtsordnungen angehören, weder zu fordern, noch zu erwarten. Daher ist zu befürchten, daß die Praxis aus der "Berücksichtigung" doch eine "Anwendung" machen wird, was die ja gerade grundsätzlich international offene Absicht der Vorschrift in ihr Gegenteil verkehren würde und dann tatsächlich zu dem von Schlosser

befürchteten "Normanwendungsimperialismus"¹⁾ führen würde. Dem ist nur durch eine schon in der Ausbildung beginnende, gründlichere Beschäftigung der Juristen mit dem ausländischen Recht, wie sie in fast allen europäischen Ländern mit Ausnahme Deutschlands üblich ist, zu begegnen.²⁾ Gelingt dies nicht - wie zu befürchten ist - wäre es besser, der Tendenz zur Nationalisierung dadurch vorzubeugen, daß die Frage des vom Gesetz zu schützenden Personenkreises neu überdacht wird. Wer Verträge der hier behandelten Art schließt, entspricht in den allerseltensten Fällen dem Bild des von gerissenen Geschäftemachern hereingelegten Verbrauchers beschränkter Intelligenz, wie er als immer gegenwärtiger Archetyp des zu schützenden Konsumenten unsichtbar hinter allen Argumenten des Verbraucherschutzes im weiten Sinne steht.³⁾ So wäre zu überlegen, ob dem richtig verstandenen Verbraucherschutz nicht besser dadurch gedient wäre, daß man bei der Wirksamkeit der Rechtswahl, ganz besonders dann, wenn sie in AGB erfolgt, strengste Maßstäbe anlegt, aber dann, wenn dieser Filter einmal passiert ist, die fremde Rechtsordnung so anwendet, wie sie sich selbst als geschlossenes System betrachtet, anstatt durch systemfremde Eingriffe, so behutsam sie auch sein mögen, zwangsläufig Disharmonien zu schaffen, die trotz aller Systematisierung immer die Gefahr der Unberechenbarkeit und damit der Rechtsunsicherheit in sich tragen.

1) Schlosser (oben VII, Note 1)

2) Siehe dazu David-Grasmann, Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, 1966, S.14 f.

3) Vgl. dazu Kötz, MüKo, AGBG-Einleitung, Rdn.7 (S.1394 f., insbesondere Fn.10)

LEBENS LAUF

Ich wurde am 5.Dezember 1949 in München als Sohn von Julius Sacher und seiner Ehefrau Emma, geb.Haala geboren.

Von 1956 bis 1960 besuchte ich die Volksschule in München, von 1960 bis 1969 das Erasmus-Grasser-Gymnasium, ebenfalls in München.

Nach dem Abitur im Jahre 1969 begann ich im WS 1969/70 das Studium der Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität in München, das ich 1975 mit der ersten juristischen Staatsprüfung abschloß. Nach dem im OLG-Bezirk München abgeleisteten Referendardienst legte ich 1978 die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Von da an war ich bis 1980 Assistent von Prof.Dr.Erik Jayme am Institut für Internationales Privatrecht der Universität München. Von 1980 bis 1981 arbeitete ich an einem von der Fritz Thyssen Stiftung unterstützten Forschungsvorhaben zum Recht der spanischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Madrid. Seit 1981 bin ich Rechtsanwalt in München.

